

# La controvertida relevancia penal del *sexting* en el derecho italiano y comparado

Ivan Salvadori

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Università di Verona y UOC*

---

SALVADORI, Ivan. La controvertida relevancia penal del *sexting* en el derecho italiano y comparado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-29, pp. 1-48. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-29 (2017), 21 dic]

RESUMEN: El fenómeno del *sexting* ha llamado mucho la atención de los *mass-media* quienes le han otorgado particular relevancia, contribuyendo a difundir en la opinión pública una sensación de pánico moral. Más limitada en cambio, ha sido la atención que las ciencias criminológicas y penales han dedicado, por lo menos en un primer momento, a este complejo fenómeno social. El trabajo se centra en la controvertida relevancia penal del *sexting* en el derecho penal italiano y comparado. En primer lugar, establece si las conductas de *sexting* pueden considerarse una legítima manifestación de la libertad de autodeterminación de los menores en su vida sexual o si, de lo contrario, tienen que ser equiparadas a la pornografía infantil. En segundo lugar, verifica si en la legislación penal italiana en materia de pornografía infantil tienen que ser reconducidas todas las formas del *sexting*, o si es posible distinguir los casos merecedores de reproche penal de los que son atípicos, teniendo en cuenta también el consentimiento otorgado por el menor. Finalmente propone que ante los casos más graves de *sexting* los jueces, en lugar de condenar a los menores por estos comportamientos, recurran a determinados institutos de justicia restaurativa previstos en el derecho penal de menores y que se introduzcan *de lege ferenda* específicas causas que excluyen la punibilidad.

PALABRAS CLAVE: *Sexting*, libertad sexual, pornografía infantil, fuentes internacionales, consentimiento del menor, causas de exclusión de la punibilidad, protección penal del menor, derecho penal italiano, derecho penal comparado, justicia restaurativa.

ABSTRACT: The serious conundrum of sexting among minors in Italy has brought the position into the attention of mass media causing a moral panic in public attitudes. The criminological and criminal sciences have also slowly increased their attentions to this controversial social phenomenon. This fresh article approaches the controversial criminal character of sexting due to the provisions of Italian and comparative criminal law. It raises the question whether the notion of sexting can be recognised as an integral part of legitimate rights of minors for the purpose of self-determination in their sexual intercourse or an illegal form of child pornography. Equally, it also deals with the question of how to implement the Italian criminal provisions governing child pornography to the given circumstances of sexting behaviours. Still, the core issue will be the minors' consent as a possible defence in each case. The article suggests the application of restorative justice of the Italian juvenile criminal law rather than condemning the offending minors and the introduction of specific defences.

KEYWORDS: Sexting, sexual freedom, child pornography, International legal sources, consent of minor, defences, criminal protection of minors, Comparative criminal law, Italian criminal law, restorative justice.

Fecha de publicación: 21 diciembre 2017

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contenido y objetivos del trabajo. 3. Definición de sexting. 4. Dimensión del fenómeno. 5. Los efectos negativos del sexting. 6. Sobre la equiparación del sexting a la pornografía infantil. 7. El sexting como manifestación del derecho de libertad de expresión del menor. 8. El sexting entre derecho a la vida privada y prohibiciones de discriminación. 9. El sexting en los sistemas de common law. 9.1. La relevancia penal del sexting en la legislación estatal americana. 9.2. Causas que excluyen la punibilidad (defences). 9.3. Doli incapax e imputabilidad del menor. 10. El sexting en el ordenamiento italiano. 10.1. Relaciones sexuales entre y con menores: relevancia del consentimiento. 10.2. Ilícitud penal de las conductas relacionadas con la pornografía infantil y eficacia del consentimiento otorgado por el menor. 10.3. Producción de material pornográfico infantil y bien jurídico protegido. 10.4. El desvalor social de las conductas de distribución, divulgación, difusión, dar publicidad, oferta y cesión de pornografía infantil. 10.5. La tenencia de pornografía infantil. 10.6. La noción de pornografía infantil. 11. Las recientes doctrinas jurisprudenciales sobre el sexting. 12. Consideraciones críticas finales.*

---

## 1. Introducción

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante: TIC) constituyen una parte integrante de la vida social de los adolescentes (nativos digitales) y son un importante instrumento de extrinsecación de su personalidad. Los *smartphones* se utilizan para estrechar nuevas amistades, para intercambiar mensajes y opiniones, para enviar imágenes y *selfies*. Las TIC condicionan y mutan no solamente los comportamientos, sino también las relaciones sentimentales, y algunas prácticas de naturaleza sexual, permitiendo a los menores explorar su natural curiosidad sin el miedo de tener que hacerlo a través de un contacto directo con coetáneos o adultos. El fenómeno, de indudable relevancia social que tiene que ver con las nuevas relaciones entre comunicaciones electrónicas (mediante *Social Forum*, chat, SMS, e-mail, etc.) y contenidos sexuales, se identifica hoy en día con la palabra inglesa *sexting*.

La facilidad con la que es posible crear, difundir e intercambiar *selfies* y vídeos pornográficos transforma estos comportamientos en nuevas formas de extrinsecación de la sexualidad, de interacción y comunicación, en las que los adolescentes toman parte por curiosidad, moda, placer o por juego. Significativo es el hecho de que la mayoría de los menores no atribuyen al *sexting* alguna connotación negativa y consideran el intercambio de materiales autoproducidos de naturaleza sexual como una actividad natural y sin ningún desvalor, distinta del mundo de la pornografía entre adultos<sup>1</sup>.

No está claro hasta qué punto el material pornográfico infantil pueda decirse efectivamente producido, distribuido o cedido por parte de los menores de manera consciente y libre. El *sexting* no responde exclusivamente a las normales pulsiones

<sup>1</sup> Cfr. Bond E., “Sexting”, en *Oxford Encyclopedia of Criminology*, 2016, p. 1.

sexuales que caracterizan el desarrollo de la adolescencia, sino que es una inevitable consecuencia de los modelos comportamentales y de los estilos de vida de una sociedad en la que la sexualidad y el exhibicionismo, no solo por parte de los adultos, caracteriza los mensajes publicitarios, la gran mayoría de los programas de entretenimiento de televisión y de muchos medios de información<sup>2</sup>.

Si bien no hay un acuerdo unánime sobre el sentido que hay que atribuirle al *sexting*, este término se emplea normalmente para definir las conductas de autoproducción, posesión, distribución o cesión de imágenes de menores desnudos o semidesnudos en actitudes sexualmente explícitas a través de dispositivos móviles (*smartphone*, tabletas, etc.) o servicios disponibles en red (*Viber*, *WhatsApp*, *Facebook*, *Instagram*, *Snapchat*, etc.)<sup>3</sup>.

El fenómeno del *sexting* ha llamado mucho la atención de los *mass-media* quienes le han otorgado mucha relevancia, contribuyendo a difundir en la opinión pública una sensación de pánico moral<sup>4</sup>. Los medios de comunicación se han fijado sobre todo en los casos de menores que, por haber producido o intercambiado *selfies* o vídeos de naturaleza sexual, han sido acusados, y en algunos casos condenados, por delitos de pornografía infantil o por haber cometido, sirviéndose de estos contenidos, graves episodios de ciberacoso y *bullying*, que muy a menudo han acabado trágicamente con el suicidio de las jóvenes víctimas.

La importante relevancia mediática dada a estos preocupantes hechos de crónica ha contribuido a sensibilizar a las instituciones públicas, los padres, el personal que trabaja en estrecho contacto con los menores (profesores, educadores, psicólogos, médicos, etc.), así como a las autoridades de *law enforcement* sobre la peligrosidad del *sexting*<sup>5</sup>. Más limitada en cambio, ha sido la atención que las ciencias criminológicas y penales han dedicado, por lo menos en un primer momento, a este complejo fenómeno social.

Exclusivamente durante los últimos años se ha empezado a analizar el substrato empírico-criminológico del *sexting*. Sin embargo, las investigaciones llevadas a cabo hasta ahora han sido muy poco fiables, debido a que se basaban en datos

<sup>2</sup> Subraya cómo el material producido directamente por los menores sea solo aparentemente el fruto de un comportamiento realmente consciente y culturalmente libre, puesto que tiene origen en un contexto de fuertes presiones culturales y sociales, Verza A., “«*Sexting*» e *pedopornografía: i paradossi*”, en *Ragion pratica*, núm. 41, 2013, pp. 569 ss., p. 574.

<sup>3</sup> Pone en evidencia la ausencia de una definición compartida del termino *sexting* Moran-Ellis J., “*Sexting, Intimacy and Criminal Acts: Translating Teenage Sexualities*”, en Johnson P., Dalton D. (eds.), *Policing Sex*, Abingdon, 2012, pg. 115 ss.

<sup>4</sup> En relación a la realidad australiana véase Crofts T., Lee M., “‘*Sexting*’, *Children and Child Pornography*”, en *Sydney L. Rev.*, vol. 35, núm. 85, 2013, pp. 85 ss.; Lee M., Crofts T., McGovern A., Milivojevic S., “*Sexting and Young People*”, noviembre 2015, pp. 1 ss., disponible en la siguiente página web: <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/1516/53-1112-FinalReport.pdf>

<sup>5</sup> Cfr. Wolak J., Finkelhor D., “*Sexting: A Typology. Crimes against Children Research Center*,” 6 de mayo de 2012, disponible en la siguiente página web : [http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV231\\_Sexting%20Typology%20Bulletin\\_4-6-11\\_revised.pdf](http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV231_Sexting%20Typology%20Bulletin_4-6-11_revised.pdf)

estadísticos o en noticias de periódicos. En consecuencia, los resultados a los que se ha llegado son, muy a menudo, contradictorios.

En la literatura penalista, a excepción de la de habla inglesa, el *sexting* no ha sido objeto de importantes estudios todavía. Es, como consecuencia de los recientes y controvertidos posicionamientos de la jurisprudencia sobre la posibilidad de aplicar al *sexting* la normativa penal en materia de pornografía infantil, cuando la doctrina ha empezado a ocuparse de los complejos problemas dogmáticos y político-criminales que plantea este fenómeno<sup>6</sup>.

En el debate penal se contraponen básicamente dos posiciones: por un lado, se subraya, si bien desde perspectivas no siempre coincidentes, que las prácticas reconducibles al *sexting* tendrían que considerarse lícitas, tratándose de una natural y legítima manifestación de la libertad sexual de los menores o de comportamientos no imputables penalmente a ellos por razón de su inmadurez psicológica; por el otro lado, se considera que el *sexting* constituye una seria amenaza para el normal desarrollo psicológico y sexual de los adolescentes y contrasta con la normativa penal en materia de pornografía infantil.

## 2. Contenido y objetivos del trabajo

Dos son los principales objetivos de este trabajo. Desde un punto de vista político-criminal, habrá que establecer si las conductas de *sexting* pueden considerarse una legítima extrinsecación de la libertad de autodeterminación de los menores en su vida sexual o si, de lo contrario, tienen que ser equiparadas *tout court* a la pornografía infantil. Desde un plano estrictamente normativo, habrá que verificar si en la vigente legislación penal en materia de pornografía infantil tienen que ser reconducidas indistintamente todas las manifestaciones del *sexting*, o si es posible distinguir, sobre la base de la *ratio legis*, los casos merecedores de reproche penal de los que son atípicos o, dicho de otra manera, que no tienen ningún desvalor social.

Para poder contestar a estas controvertidas cuestiones es necesario definir preliminarmente el concepto de *sexting* y determinar sus múltiples manifestaciones (par. 3), la real incidencia y el significado que le atribuyen los menores (par. 4), así como los efectos negativos que puede tener en su desarrollo psicológico y sexual (par. 5). Seguidamente, se establecerá si el material de carácter sexual producido por los mismos menores puede ser equiparado al concepto penal de pornografía infantil (par. 6). Posteriormente, se comprobará si el *sexting* constituye una legítima

<sup>6</sup> En la doctrina italiana véase Bertolino M., “*Fattispecie di reato e delinquenza minorile: questioni attuali di imputabilità*”, en Vinciguerra S., Dassano F. (a cura di), “*Scritti in memoria di Giuliano Marini*”, Napoli, 2010, pp. 51 ss., pp. 64 ss.; Verza A., “*Sulla struttura speculare ed opposta di due modelli di abuso pedopornografico*”, en *Dir. pen. cont.*, 22 de abril de 2015, disponible en la siguiente página web: <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3863-sulla-struttura-speculare-e-opposta-di-due-modelli-di-abuso-pedopornografico>; Bianchi M., “*Il “sexting minorile” non è più reato?, Riflessioni a margine di Cass. pen., sez. III, 21 marzo 2016, núm. 11675*”, en *Riv. trim. dir. pen. cont.*, núm. 1/2016 2016, pp. 138 ss.

manifestación de la libertad de expresión del menor (par. 7) o una extrinsecación de su derecho a la vida privada (par. 8). Para determinar los complejos nudos interpretativos relacionados con la calificación normativa del *sexting*, se hará referencia a la experiencia jurídico-penal de los países de *common law* (par. 9). Debido a los límites de este trabajo, el análisis comparado se limitará a los tipos penales introducidos recientemente en Estados Unidos a nivel estatal (par. 9.1), a las causas de exclusión de la punibilidad (*defences*) previstas en los sistemas jurídicos anglosajones en materia de pornografía infantil para verificar su aplicabilidad a las distintas formas de *sexting* (par. 9.2), y también a la cuestión de la imputabilidad de los menores, y en particular a su capacidad de comprender su desvalor social (par. 9.3). Más tarde se analizará la relevancia penal de este fenómeno en el ordenamiento italiano (par. 10). Después de haber considerado la eficacia del consentimiento en relación a las relaciones sexuales entre y con menores (par. 10.1), se establecerá si los comportamientos reconducibles al *sexting* pueden ser castigados recurriendo a los delitos de pornografía infantil (par. 10.2). En este sentido, será necesario individuar la *ratio* de la incriminación de las conductas que tienen por objeto dicho material ilícito (par. 10.3, 10.4 y 10.5) y analizar la definición legal de pornografía infantil establecida por el código penal italiano (par. 10.6). Los resultados que emergerán del análisis normativo serán puestos en relación con las interesantes pronuncias jurisprudenciales que recientemente se han ocupado de la relevancia penal del *sexting* (par. 11). Para concluir, se individuarán algunas pautas para un correcto encuadramiento jurídico-penal de este fenómeno (par. 11).

### 3. Definición de *sexting*

El término *sexting* es un neologismo que tiene su origen en la unión de las palabras inglesas *sex* y *testing*<sup>7</sup>. No existe actualmente una definición compartida y lo suficientemente precisa de este concepto en el ámbito jurídico y de las ciencias sociales. La expresión fue empleada en el ámbito periodístico por primera vez, para identificar los mensajes de texto (SMS) de contenido sexual intercambiados por adultos. Posteriormente fue usada para hacer referencia en particular a la producción, a la cesión y al hecho de compartir imágenes autoproducidas (*selfies*) de contenido erótico por parte de menores<sup>8</sup>.

En la literatura especializada, el término *sexting* tiene una acepción amplia e incluye distintas tipologías de comportamientos de naturaleza sexual, realizados en

<sup>7</sup> El término *sexting* fue empleado por primera vez en julio de 2015 en un artículo publicado en el periódico *The Daily Telegraph*. Cfr. Crofts T., Lee M., McGovern A., Milivojevic S., “*Sexting and Young People*”, London, 2015, p. 5.

<sup>8</sup> Jaishankar K., “*Sexting: A new Form of Victimless Crime?*”, en *Internúm. J. Cyber Criminology*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 21 ss.



múltiples contextos y con distintas motivaciones<sup>9</sup>. Por un lado, se utiliza para referirse a las conductas llevadas a cabo exclusivamente en el marco de relaciones interpersonales de naturaleza privada, de producción, de posesión o de cesión de una imagen o de un video pornográfico autoproducido espontáneamente por parte de un menor y que este mismo envía a *partner*, a un coetáneo o a un amigo (*sexting* primario)<sup>10</sup>. Por otro lado, el término se emplea para referirse a la cesión o a la difusión no consentida a terceros de contenidos pornográficos por parte de los que los han recibido de un menor (*sexting* secundario)<sup>11</sup>. Esta segunda tipología de *sexting*, se lleva a cabo muy frecuentemente al acabar una relación sentimental entre coetáneos o fuera de una relación privada, con la finalidad de humillar al menor (exnovio, compañero de colegio, etc.), causarle un daño o por venganza. En el caso en que la víctima sea el exnovio se habla también de *revenge porn* (literalmente: “venganza porno”)<sup>12</sup>.

En el presente trabajo, el término *sexting* se empleará para hacer referencia a las imágenes y a los videos producidos, difundidos, cedidos o poseídos por (o entre) menores y que tienen por objeto, a efectos de la ley penal, pornografía infantil<sup>13</sup>.

#### 4. Dimensión del fenómeno

En los últimos años se han realizado numerosos estudios empíricos para determinar la incidencia del *sexting* entre menores. Estas investigaciones utilizan metodologías distintas y toman también en consideración muy a menudo a jóvenes adultos que tienen más de dieciocho años. Esto explicaría por qué a veces llegan a resultados contradictorios<sup>14</sup>.

En un primer estudio llevado a cabo en Estados Unidos en 2008, con una muestra de 653 menores de edad entre trece y diecinueve años y 627 jóvenes adultos

<sup>9</sup> Se trata de la definición de *sexting* elaborada por McLaughlin J.H., “*Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*”, en *Florida Coastal School of Law*, 2010, pp. 1 ss., disponible en la página web: [http://works.bepress.com/julia\\_mclaughlin/1/](http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1/); cfr. también Crofts T., Lee M., McGovern A., Milivojevic S., “*Sexting*”, cit., p. 4.

<sup>10</sup> Cfr. Schmitz S., Siry L., “*Teenage Folly or Child Abuse? State Responses to «Sexting» by Minors in the U.S. and in Germany*”, en *Policy & Internet*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 1 ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> El *revenge porn* se castiga hoy en día en veinte Estados americanos. Cfr. Osterday M., “*Protecting Minors From Themselves: Expanding Revenge Porn to Protect the Most Vulnerable*”, en *Indiana L. Rev.*, vol. 49, Issue 2, 2016, pp. 555 y ss.

<sup>13</sup> Subrayan cómo la definición de *sexting* en términos de «youth produced sexual images» se enfoque sobre la forma más problemática de este fenómeno Wolak J., Finkelhor D., “*Sexting: A Typology. Crimes against Children Research Center*”, 6 de mayo de 2012, p. 2, disponible en la siguiente página web: [http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV231\\_Sexting%20Typology%20Bulletin\\_4-6-11\\_revised.pdf](http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV231_Sexting%20Typology%20Bulletin_4-6-11_revised.pdf)

<sup>14</sup> En estos términos, Mitchell J., Finkelhor D., Jones L., Wolak J., “*Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study*”, en *Pediatrics*, vol. 129, Issue 1, 2012, pp. 13 ss.; Lee M., Crofts T., McGovern A., Milivojevic S., “*Sexting Among Young People: Perceptions and Practices*”, en *Australian Institute of Criminology*, núm. 508, 2015, p. 2, disponible en la siguiente página web: <http://www.aic.gov.au/publications/current%20series/tandi/501-520/tandi508.html>; Clough J., *Principles of Cybercrime*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, 2015, p. 301.

entre veinte y veintiséis años, resultó que el 20% de los primeros había enviado o cargado en Internet mensajes de contenido sexual, sin embargo, más alto era el porcentaje entre los segundos (33%)<sup>15</sup>. Se trataba de un estudio incompleto y poco fiable por dos razones: en primer lugar, no tenía en cuenta los mensajes cuyo objeto eran imágenes de cuerpos parcialmente desnudos no necesariamente pornográficos; y en segundo lugar, no diferenciaba el material de carácter sexual autoproducido por los mismos menores. De todos modos, los resultados finales de la investigación eran inválidos por el hecho de que en el estudio también se incluyeron sujetos mayores de edad.

Un estudio americano, llevado a cabo entre agosto 2010 y enero 2011 con una muestra significativa de 1560 menores entre diez y diecisiete años, ha redimensionado de manera relevante la percepción común de la incidencia del *sexting* entre los jóvenes. Solo el 9% de los entrevistados declaró haberse sacado fotos o haber hecho o recibido imágenes de carácter sexual<sup>16</sup>. El 54% de los que produjeron material pornográfico admitió haberse hecho *selfies* con sus propios órganos genitales<sup>17</sup>.

A distintas conclusiones ha llegado un estudio muy profundo realizado por parte de un destacado instituto criminológico australiano mediante el empleo de cuestionarios *online* enviados a más de dos mil adolescentes entre trece y dieciocho años<sup>18</sup>. El 49% de los que voluntariamente respondieron a la encuesta, reconoció que había enviado por lo menos una vez imágenes o vídeos de contenido sexual a coetáneos.

La investigación australiana demuestra cómo la distribución o la difusión de material pornográfico se lleva a cabo principalmente por parte de jóvenes de sexo masculino (41%) y en menor medida por parte de chicas (29%). Esto confirma además que el *sexting* primario representa una práctica muy frecuente entre adolescentes unidos por una relación sentimental<sup>19</sup>. El envío de *selfies* de contenido sexual viene motivado sobre todo por el deseo de resultar provocantes, de hacer brecha en el corazón del destinatario o una sorpresa a un coetáneo, de intercambiar imágenes eróticas con el *partner* o simplemente por la curiosidad o propósito de divertirse y de tomar parte en un fenómeno que se ha puesto muy de moda entre los jóvenes.

El *sexting* es muy común también en Italia. Una investigación llevada a cabo por Telefono Azzurro y el Eurispes en 2013 muestra que el 6,7% de los jóvenes italianos habría enviado imágenes o vídeos de naturaleza sexual con el propio móvil, y

<sup>15</sup> Se trata del estudio “*Sex and Tech*”, realizado por *The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy and CosmoGirl*, 2008, disponible en la siguiente página web: <https://thenationalcampaign.org/resource/sex-and-tech>

<sup>16</sup> Mitchell J., Finkelhor D., Jones L., Wolak J., “*Prevalence and Characteristics of Youth Sexting*”, cit., p. 4.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Lee M., Cfrofts T., McGovern A., Milivojevic S., “*Sexting Among Young People*”, cit.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

que el 10,2% habría recibido por lo menos una vez semejante material<sup>20</sup>. En la mayor parte de los casos, los *selfies* se reciben de amigos (38,6%), del *partner* (27,1%) o de conocidos (9,9%). Alto es sin embargo el porcentaje de casos en los que este material se envía por parte de menores a desconocidos (22,7%). Emerge además, cómo el 41,9% de los menores no se da cuenta del desvalor del *sexting*; pese a esto, solo el 16,1% se fía de la persona a la que envía *selfies* pornográficos y cree que esta no los difundirá o cederá a terceros.

## 5. Los efectos negativos del *sexting*

Por su joven edad, los que toman parte en el *sexting* (así llamados *sexters*) no son siempre conscientes de los riesgos que pueden derivar de sus comportamientos, en particular cuando las imágenes pornográficas que han producido se envían a desconocidos o se escapan de la esfera de control de quien las realizó. Los menores involucrados en el *sexting* pueden pasar fácilmente de una situación de placer y diversión a una espiral de insidias, traumas y peligros incontrolados<sup>21</sup>. Muchos son los efectos perjudiciales que el *sexting* puede tener sobre los bienes jurídicos de la integridad psíquica, de la privacidad (*privacy*), de la dignidad y del honor de las víctimas, incluso con el paso de los años<sup>22</sup>.

La principal peligrosidad del *sexting* es consecuencia de la facilidad con que las imágenes de naturaleza sexual pueden ser difundidas sin el consentimiento del menor en estas representados, a un número indeterminado de personas. Una vez que el material pornográfico infantil se escapa de la esfera de control de quien lo ha producido o lo posee, por el envío voluntario a terceros o por la pérdida o el hurto de dispositivos móviles o de los soportes en el que está memorizado, es prácticamente imposible impedir su propagación. Dependiendo del contenido de las imágenes se puede conseguir graves ofensas a la dignidad y la intimidad de los menores en ellas representados<sup>23</sup>. Estos materiales pueden llegar a manos de sujetos malintencionados (pedófilos, depredadores sexuales, *groomer*, etc.) con el riesgo de que se puedan utilizar también para embaucar a jóvenes víctimas con fines sexuales (*child-grooming*), para chantajearlas (*sextorsion*) o para someterlas a formas de

<sup>20</sup> Telefono Azzurro y Eurispes, *Indagine conoscitiva sulla condizione dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 2012*, cuyos resultados se pueden consultar en la siguiente página web: <http://www.azzurro.it/sites/default/files/Materiali/InfoConsigli/Ricerche%20e%20indagini/SintesiIndagineConoscitivaInfanziaAdolescenza2012.pdf>.

<sup>21</sup> Karaian L., “*Lolita Speaks: ‘Sexting’, Teenage Girls and the Law*”, en *Crime, Media, Culture*, vol. 8, núm. 1, 2012, pp. 57 ss., p. 66.

<sup>22</sup> Martinez-Prather K., Vandiver D.M., “*Sexting among Teenagers in the United States: A Retrospective Analysis of Identifying Motivating Factors, Potential Targets, and the Role of a Capable Guardian*”, en *Inter. J. Cyber Criminology*, vol. 8, Issue 1, 2014, pp. 21 ss., p. 22.

<sup>23</sup> Cfr. Leary M.G., “*Sexting or Self-produced Child Pornography? The Dialog Continues - Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response*”, en *Virginia J. Social Policy & The L.*, vol. 17, núm. 3, 2010, pp. 486 ss., p. 525 s.



acoso (*bullying*). La difusión y la propagación, a menudo viral, de las imágenes podrían causar traumas psicológicos tan fuertes que incidan en el normal desarrollo psíquico de la víctima, en sus relaciones personales, llevándola, en casos extremos, al suicidio. Existe el riesgo además, para nada secundario, de poder ser llamados a declarar en sede penal por la producción, la posesión, la difusión o la cesión de pornografía infantil. Por lo tanto, el menor puede ser al mismo tiempo víctima y autor de un delito de pornografía infantil.

Las víctimas del *sexting* no suelen comunicar estos episodios a sus padres o no los denuncian a las fuerzas y cuerpos de seguridad por vergüenza, por un sentimiento de autoinculpación o por temor a una venganza de los coetáneos que han difundido o cedido el material a terceros sin su consentimiento. En el caso de que la persona ofendida sea consciente del carácter pornográfico infantil del material autoproducido, podría renunciar a denunciar el hecho para evitar así las consecuencias indeseadas en el plano penal que podrían producirse para sí misma o para aquellos (*partner*, amigos, etc.) que estén involucrados en el *sexting*.

## 6. Sobre la equiparación del *sexting* a la pornografía infantil

Un sector de la doctrina considera que el *sexting* no puede ser equiparado a la pornografía infantil, puesto que en la libre producción de material de contenido sexual por parte de menores no hay ninguna forma de explotación o de abuso sexual<sup>24</sup>. En particular, en el *sexting* consensuado no sería posible apreciar una mercantilización del menor, a diferencia de lo que ocurre en la producción de pornografía infantil por parte de adultos. La relevancia penal de las imágenes sexualmente explícitas de menores no dependería de su contenido intrínsecamente pornográfico, sino de las modalidades con las que se produzcan, y en particular, del rol que el menor, reducido a mero instrumento de satisfacción sexual de terceros, asume en su realización<sup>25</sup>. El material sería de todos modos ilícito si se produce mediante coacción o engaño de la joven víctima, también allí donde no haya una directa representación de un abuso sexual por parte de un adulto.

Normalmente en el material pornográfico infantil se representan abusos sexuales llevados a cabo en menores por parte de adultos<sup>26</sup>. A nivel internacional y nacional, sin embargo, el concepto de *child pornography* prescinde de la circunstancia de que la producción se haya realizado mediante la explotación o el abuso sexual de un menor.

<sup>24</sup> Levick M., Moon K., “*Prosecuting Sexting*”, cit., pgs. 1042-1044. Sobre el concepto de explotación sexual de menores véase Ost S., “*Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*”, New York, 2009, pp. 144 ss; Bianchi M., “*Il “sexting minorile”*”, cit., p. 152 s.

<sup>25</sup> En estos términos Taylor M., Quayle E., “*Child Pornography: An Internet Crime*”, Hove, 2003, p. 4 ss.; Ost S., “*Child Pornography*”, cit., p. 141.

<sup>26</sup> Cfr. “Considerando” núm. 3 de la Directiva 2011/93/UE del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Con base en los Protocolos Facultativos de la Convención de Naciones Unidas de Nueva York sobre los derechos del niño, relativos a la venta y la prostitución de menores, la pornografía infantil y su involucramiento en conflictos armados, el concepto de pornografía infantil abarca cualquier representación de un menor que lleve a cabo actividades sexuales explícitas, concretas o simuladas o de sus órganos sexuales con fines sexuales (art. 2, letra c).

El art. 2, letra c), de la Directiva 2011/93/UE define la pornografía infantil como «todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada» o «toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales»<sup>27</sup>. También, las imágenes de los órganos genitales de un menor constituyen material pornográfico infantil, siempre que se hayan producido con el fin de estimular un deseo sexual<sup>28</sup> en quien “utilice” dicho material.

En los últimos años, la mayoría de los legisladores europeos, en línea con las citadas fuentes internacionales, ha definido el concepto de pornografía infantil ampliamente. Paradigmáticas en este sentido son las definiciones elaboradas por el legislador italiano de 2012 que, en actuación del Convenio de Lanzarote del Consejo de Europa, ha introducido en el art. 600-ter, último párrafo, del código penal (en adelante: CP) una definición *ad hoc* de pornografía infantil (véase *infra*, par. 10.6), y también en el 2015 por parte del legislador español con la ley orgánica de reforma del código penal<sup>29</sup>. También el legislador inglés, si bien no ha definido el controvertido concepto de pornografía infantil, ha considerado oportuno prescindir de la efectiva explotación sexual de menores<sup>30</sup>.

A causa de estas formulaciones, también los menores que tengan menos de dieciocho años y se hagan fotos en actitudes sexualmente explícitas o que envíen o cedan a terceros material de contenido erótico podrían estar sujetos al tratamiento sancionador tan duro establecido para los delitos de pornografía infantil.

En el oportuno esfuerzo de proteger el sano desarrollo psicológico y físico y sexual de los menores frente a cada forma de abuso y explotación sexual, parece sin embargo que los legisladores nacionales han concebido al menor como una persona sin libertad de autodeterminación en ámbito sexual y sin ningún deseo de tener comprensibles experiencias en este ámbito. La falta de distinción, en muchos ordenamientos nacionales, entre la natural experimentación y la exploración de la sexualidad por parte de los menores, que puede

<sup>27</sup> En base al art. 2, párrafo 2, del Convenio de Lanzarote de 2007 por pornografía infantil hay que entender: «any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child's sexual organs for primarily sexual purposes».

<sup>28</sup> En el “considerando” núm. 9 de la Directiva 2011/93/UE se afirma que tienen un carácter pornográfico infantil también las imágenes de los órganos sexuales de un menor cuando se hayan producido o se hayan “utilizado con fines claramente sexuales”.

<sup>29</sup> Cfr. el nuevo art. 189, párrafo. 1, b), CP.

<sup>30</sup> La Sec. 1 del *Protection of Children Act* del 1978 castiga la producción de material “indecente” que tiene por objeto a menores.

sustanciarse también a través de la autoproducción de imágenes y vídeos de contenido pornográfico para su fruición privada, y las conductas más graves e ilícitas de abuso y de explotación sexual en contra de ellos, plantea muchas perplejidades y pone en relieve la excesiva rigidez de la normativa penal en este ámbito.

Las severas medidas adoptadas para proteger a los menores frente a cualquier forma de agresión en su esfera psicofísica y sexual y para castigar su implicación en actividades sexuales acaban en efecto por castigar conductas inocuas. Piénsese, por ejemplo, en una pareja de novios menores de edad que de manera consensuada intercambien *selfies* de contenido erótico, o en los adolescentes que reciban imágenes de un coetáneo en actitudes sexualmente explícitas. La posibilidad de subsumir estos hechos en la normativa penal de contraste a la pornografía infantil tendría el efecto de exponer a los menores a las consecuencias negativas que tienen su origen en una investigación y una imputación penal, además de una eventual condena, produciéndoles daños que podrían ser muy graves<sup>31</sup>.

## **7. El *sexting* como manifestación del derecho a la libertad de expresión del menor**

Un sector de la doctrina ha afirmado que el *sexting* representaría una legítima manifestación de la libertad de expresión de los menores, que de manera natural y comprensible, debido a su inmadurez psicológica, suelen descubrir y vivir también de esta manera su sexualidad<sup>32</sup>.

El art. 13 de la citada Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, que constituye actualmente el instrumento internacional más importante en la protección de los derechos fundamentales de los menores, reconoce que cada niño tiene derecho a la libertad de expresión. Derecho que abarcaría además la libertad de investigar, de recibir y de difundir informaciones e ideas de cada especie mediante cualquier medio (oral, escrito, prensa, etc.) a elección del menor.

En el caso de que se considerase que el *sexting*, en sus manifestaciones consensuadas y libres, constituye una extrinsecación de la libertad de expresión del menor se pondría la cuestión de la incompatibilidad de este derecho fundamental con las decisiones político-criminales, adoptadas por la mayoría de los legisladores nacionales, de castigar cualquier forma de producción, cesión o posesión de material pornográfico infantil, también cuando sea llevada a cabo por parte de menores de edad. Hay que decir, sin embargo, que la Convención de Nueva York establece que el ejercicio de la libertad de expresión puede estar sujeto a las restricciones necesarias para garantizar el respeto de los derechos o de la reputación ajena o para proteger la salud y la moralidad pública (art. 13). Hay que añadir además, que el art. 3, letra c), del Protocolo Facultativo de Naciones Unidas sobre la venta, prostitución y pornografía infantil de 2001 requiere a los Estados que castiguen por lo menos la

<sup>31</sup> Cfr. Crofts T., Lee M., “‘*Sexting*’, *Children and Child Pornography*”, cit., p. 94.

<sup>32</sup> Se trata de la tesis que defiende, p. Ej., Gillespie A.A., “*Adolescents, Sexting and Human Rights*”, en *Human Rights L. Rev.*, vol. 13, núm. 4, 2013, pp. 623 ss., pp. 631 ss.

producción, la distribución, la difusión, la tenencia para la venta o la distribución de material pornográfico que tenga por objeto a un menor de edad inferior de dieciocho años. También las conductas de *sexting* entran en esta prohibición, puesto que no se requiere, como se ha dicho anteriormente (*retro*, par. 6), que el material se haya producido mediante el abuso o la explotación de menores. De aquí la imposibilidad de invocar el ejercicio de la libertad de expresión de los menores, reconocido a nivel internacional, para afirmar la irrelevancia penal del *sexting*.

La libertad de expresión se reconoce como derecho fundamental del hombre también en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Esta abarca no solamente la manifestación de ideas y de informaciones favorablemente acogidas por parte de la opinión pública, sino también aquellas que puedan ofender, molestar o indignar a la colectividad. No se trata, sin embargo, de un derecho absoluto, pudiendo ser sometido a legítimas limitaciones por parte de la ley, siempre que constituyan medidas necesarias y proporcionadas en una sociedad democrática y se adopten para finalidades legítimas (art. 10, párrafo 2, CEDH)<sup>33</sup>.

En el caso *Karttunen v. Finlandia* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido que la incriminación de la distribución y de la simple posesión de pornografía infantil no representa una ilegítima limitación de la libertad de expresión. La decisión de castigar a estas conductas se justifica por la necesidad de proteger a los menores frente a formas de abuso sexual y para tutelar su privacidad y honor, y más en general, también la moral pública. El TEDH ha por lo tanto considerado legítima la condena de una artista finlandesa que en el año 2008 montó una galería de arte en Helsinki en la que expuso un centenar de fotografías de menores involucrados en actividades sexuales, que ella misma había podido descargar libremente de Internet. Según el Tribunal Europeo de Estrasburgo, en una sociedad democrática es proporcionada, adecuada y legítima la decisión de castigar la posesión y la distribución de material pornográfico infantil para proteger la reputación, el honor y la privacidad (*privacy*) de los menores representados en dicho material.

La conclusión a la que ha llegado el TEDH puede extenderse por lo menos en parte, al fenómeno del *sexting*. En el momento en que un menor distribuye, cede o pone a disposición de otros, material sexualmente explícito sin el consentimiento del coetáneo que ha producido o que haya tomado parte en su producción (*sexting* secundario), causa un grave daño a la reputación, a la dignidad y a la privacidad de la víctima. Siguiendo el razonamiento de los jueces de Estrasburgo, sería legítima por lo tanto la incriminación de estas conductas, en cuanto compatible con la limitación de la libertad de expresión, que vale también para aquellas realizadas por parte de menores.

A distinta conclusión habría que llegar en los casos, muy frecuentes, en los que el material se autoproduzca o se conserve por un menor en su propio móvil o que haya sido enviado únicamente a su *partner* (*sexting* primario). En estas hipótesis sería muy difícil apreciar una efectiva violación de la intimidad o de la dignidad del

<sup>33</sup> En este sentido, p. ej., *Lingens v. Austria*, Appl. núm. 9815/82, sentencia de 8 de julio de 1986.

menor, puesto que estamos ante conductas llevadas a cabo de manera libre y consensual y en un contexto exclusivamente privado e íntimo.

## 8. El *sexting* entre derecho a la vida privada y prohibiciones de discriminación

Se ha afirmado que la irrelevancia penal del *sexting* consensuado entre menores tendría su fundamento en los arts. 8 y 14 CEDH, que establecen respectivamente el derecho a la vida privada y la prohibición de cualquier forma de discriminación por razones de sexo o edad<sup>34</sup>.

En más ocasiones el TEDH ha admitido que el derecho fundamental a la intimidad se extiende a la esfera sexual<sup>35</sup>. No se trata, sin embargo, de un derecho ilimitado, pudiendo estar sometido a legítimas restricciones por parte del Estado, siempre que resulten necesarias y proporcionadas, como viene establecido en el art. 8, párrafo 2, CEDH<sup>36</sup>. El Tribunal de Estrasburgo ha afirmado además que dicha disposición protege al individuo frente a cualquier interferencia arbitraria por parte del Estado en su vida sexual. Por lo tanto, es difícil justificar una diferenciación de incriminaciones basadas en la edad del autor del delito.

Que cada país pueda establecer el umbral de edad bajo el cual un menor tenga que ser protegido penalmente es indudable<sup>37</sup>. Esto no significa, sin embargo, que se pueda llegar a una disparidad de tratamiento sobre la base de simples orientaciones sexuales del sujeto activo del delito.

En el caso *S.L. v. Austria*, el TEDH ha sido llamado a comprobar la legitimidad de la legislación penal austríaca en la parte en que preveía un umbral de edad distinto para manifestar de manera eficaz el consentimiento en el ámbito sexual por parte de menores heterosexuales y homosexuales<sup>38</sup>. El código penal austríaco castigaba la conducta del adulto de edad superior a los diecinueve años que había tenido relaciones sexuales con un menor del mismo sexo, de edad incluida entre los catorce y dieciocho años. Esta conducta, sin embargo, era penalmente irrelevante en el caso en que fuese cometida en el ámbito de una relación heterosexual. En el reconocer la violación de los arts. 8 y 14 CEDH, el TEDH ha excluido la existencia de una justificación razonable para establecer que un menor de edad de entre los catorce y los dieciocho años necesite de una especial protección en el caso en que tenga relaciones sexuales con un adulto del mismo sexo<sup>39</sup>.

Según un sector de la doctrina, esta discriminación sin ningún fundamento razo-

<sup>34</sup> Gillespie A.A., “*Adolescents*”, cit., pp. 634 ss.

<sup>35</sup> Véase *Dudgeon v. Regno Unito*, Appl. núm. 45, sentencia 23 de septiembre del 1981; *Norris v. Irlanda*, Appl. núm. 10581/83, sentencia de 26 de octubre de 1988.

<sup>36</sup> En este sentido, *Stübing v. Germania*, núm. 43547/08, sentencia de 12 de abril de 2012.

<sup>37</sup> *Dudgeon v. Regno Unito*, cit., párr. 62.

<sup>38</sup> *S.L. v. Austria*, Appl. núm. 45330/99, sentencia de 9 de abril de 2003.

<sup>39</sup> *S.L. v. Austria*, cit., párr. 41.



nable, podría apreciarse también en relación a los casos de *sexting*<sup>40</sup>. La violación de la prohibición de discriminación por parte del legislador penal en este ámbito sería doble. Un menor que ha llegado a la edad del consentimiento sexual podría libremente tener relaciones sexuales con un adolescente o un adulto. Sin embargo, en el caso en que enviase a este último un *selfie* de naturaleza sexual tendría que responder penalmente por la normativa contra la pornografía infantil.

Un menor que no ha llegado todavía a los dieciocho años no podría autoproducir, poseer o ceder material que tenga por objeto, por ejemplo, escenas de autoerotismo. En contra, esta conducta sería penalmente irrelevante si fuese llevada a cabo por un adulto. Esta (aparente) contradicción, que el atento observador nota en el derecho penal inglés, parecería existir también en el ordenamiento italiano. Pero este delicado nudo interpretativo será objeto de atento análisis a continuación (par. 10.4 y 10.5).

## 9. El *sexting* en los sistemas de *common law*

Los primeros casos de *sexting* se han manifestado en los Países de habla inglesa más avanzados tecnológicamente. La amplia difusión de los *smartphones* entre los menores ha favorecido también inevitablemente su empleo en la extrinsecación de las relaciones sentimentales y amorosas y ha condicionado y cambiado la manera que tienen estos de vivir su sexualidad. Por lo tanto, el debate sobre la posible relevancia jurídico-penal del *sexting* se ha afirmado en un primer momento en Estados Unidos, en Australia e Inglaterra y posteriormente, en los países de *civil-law* (en particular en Alemania, Francia y España).

No es esta la sede para proceder a un análisis exhaustivo de la experiencia jurídica de los sistemas de *common law*. Por razones de economía, se ha considerado oportuno limitar la investigación comparada a los Estados Unidos, dando cuenta en particular de cómo a nivel estatal se ha consolidado la tendencia a subsumir el *sexting* en el marco de la legislación penal contra la pornografía infantil. El análisis comparado ofrecerá interesantes elementos para esclarecer sobre la controvertida calificación jurídico-penal del *sexting* en el ordenamiento jurídico italiano, donde falta todavía una consolidada elaboración doctrinal y jurisprudencial.

### 9.1. La relevancia penal del *sexting* en la legislación estatal americana

En la mayoría de los Estados americanos falta actualmente una legislación penal específica contra el *sexting*<sup>41</sup>. A los menores que realicen, posean, distribuyan o cedan material porno-

<sup>40</sup> Gillespie A.A., “*Adolescents*”, cit., p. 637.

<sup>41</sup> Entre estos véase, p. ej., California, Colorado, Delaware, District of Columbia, Idaho, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Misisipi, Missouri, Montana, Oklahoma, Oregón, Utah, Virginia, Washington, Wisconsin y Wyoming.

gráfico infantil, incluso el autoproducido, se aplica, al igual que a los adultos, las severas sanciones previstas para los delitos en materia de *child pornography*<sup>42</sup>.

El concepto normativo de pornografía infantil abarca cualquier material visivo sexualmente explícito en el que esté involucrado un menor<sup>43</sup>. La amplitud de esta definición hace que puedan incluirse también las imágenes producidas por los menores aunque de manera libre y consensuada.

En los últimos años, muchos Estados, para prevenir los peligros que puede acarrear para la integridad psicosexual de los menores el fenómeno del *sexting* y evitar a la vez sus excesos, han procedido a modificar la legislación penal en materia de *child pornography*.

Más de veinte son los Estados americanos que han adoptado una legislación específica en materia de *sexting*<sup>44</sup>. Normalmente, se limitan a castigar al menor que mediante las TIC transmite o distribuye a terceros imágenes de pornografía infantil<sup>45</sup>. La gravedad del hecho varía según el número de las personas a las que se haya enviado dicho material o de la circunstancia que este último se haya hecho accesible al público (por ejemplo, mediante la publicación en red, en un *social network*, etc.).

Algunos Estados castigan también el *revenge porn*, es decir, difundir o poner a disposición de terceros (por ejemplo, en páginas web creadas para esa finalidad) material sexualmente explícito en el que aparece un menor (o un adulto) para así injuriarlo<sup>46</sup>.

La simple posesión de pornografía infantil se castiga en todos los Estados americanos, incluso cuando el hecho se lleva a cabo por parte de un menor. Para delimitar el ámbito excesivamente amplio de la incriminación se prevén, en algunos Estados, causas de exclusión de la punibilidad.

En determinados casos, le toca al juez determinar si someter al menor, que ha producido, distribuido o que posee material pornográfico infantil, a un programa educativo o a un tratamiento psicológico específico<sup>47</sup>. La asignación de un menor implicado en el *sexting* a un proyecto de reeducación está subordinada, por regla general, al hecho de que no haya cometido otros delitos sexuales, que por su inmadurez no sea consciente del desvalor social de su conducta o que la aplicación de la sanción penal pueda causarle un daño grave.

La primera aplicación en Estados Unidos de la legislación penal en materia de pornografía infantil en casos de *sexting* tuvo lugar en el año 2007. En este caso, los jueces del Estado de

<sup>42</sup> Cfr. Barry J.L., “*The Child as Victim and Perpetrator: Laws Punishing Juvenile “Sexting”*”, en *Vanderbilt J. Ent. & Technol. L.*, vol. 13, núm. 1, 2010-2011, pp. 129 ss., pp. 134 ss.

<sup>43</sup> En este sentido, véase p. ej. la legislación del Estado de Virginia (VA Code Annúm. § 18.2-374.1(a)) y de Florida (Fla. Stat. Annúm. § 827.071(3)).

<sup>44</sup> Arizona, Arkansas, Connecticut, Florida, Georgia, Hawái, Illinois, Luisiana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New York, North Dakota, Pennsylvania, Rhode Islands, South Dakota, Texas, Utah, Vermont, Virginia y West Virginia.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, Arizona Rev. State, § 8-309A; Alaska Criminal Law § 11.61.11(a); Florida Statute § 847.0141(1)(a); Hawái Title 37 § 712-1215.6(1)(a); Illinois 705 Ill. Comp. Stat. Annúm. § 405/3-40(b); Luisiana Rev. Stat. § 14:81.1.1A(1); Nevada (Nev. Rev. Stat. § 200.737(1) y (2) y Vermont (Vt. Stat. Annúm. § 2802b(a)(1)).

<sup>46</sup> Paradigmáticas en este sentido son las legislaciones de los Estados de Alaska, Arkansas, Florida, Utah, Vermont, New México y Tejas.

<sup>47</sup> Es esta p. ej. la decisión que ha tomado el Estado de New Jersey (J. Stat. Annúm. § 2A:4A-71.1).

Florida condenaron a una pareja de adolescentes de dieciséis y diecisiete años por haberse grabado con una videocámara digital mientras realizaban actos sexuales y por haber guardado sucesivamente las imágenes autoproducidas en su ordenador. A la joven pareja, la fiscalía imputó el hecho de haber producido, dirigido y favorecido la realización de pornografía infantil<sup>48</sup>.

Contra la sentencia de condena, la defensa de la menor presentó un recurso de apelación, considerando que el fallo representaba una evidente violación de su derecho a la intimidad: el material que había producido con su novio estaba destinado a un uso exclusivamente personal y no para su difusión a terceros. El Tribunal de Apelación rechazó el recurso, considerando que la legislación penal en materia de pornografía infantil protege a los menores frente a cualquier forma de utilización con fines sexuales, también en relación a conductas consensuadas llevadas a cabo por los mismos menores.

Aunque el art. 1, sec. 23, de la Constitución del Estado de Florida reconoce expresamente el derecho a la intimidad (*right to privacy*), los jueces de apelación consideraron que en este caso no existía por parte de la menor ninguna legítima expectativa de protección. Si bien las imágenes fueron creadas con el fin de tener un recuerdo de su actividad íntima, fueron sucesivamente compartidas con el novio, perdiendo así la menor el control sobre dicho material, y surgiendo de esta manera, el riesgo de que pudieran ser enviadas por el novio<sup>49</sup> a terceros en cualquier momento, también en contra de su voluntad.

De manera discutible, los jueces afirmaron que los menores, debido a su inmadurez, están menos dispuestos que los adultos a mantener relaciones sentimentales estables. Ellos estarían por lo tanto más predispuestos a distribuir o a compartir con otras personas las imágenes producidas en su intimidad<sup>50</sup>. Sin embargo, de esta manera, el Tribunal acabó reconociendo a los menores un ámbito más estrecho de privacidad con respecto a los adultos, pese al derecho de tener que gozar, por razón de su inmadurez, de una protección más fuerte que estos últimos<sup>51</sup>. Esta limitación se justificaría, según el Tribunal de Apelación del Estado de Florida, por el prevalente interés del Estado a proteger a los menores frente a los peligros que pueden suponer para el normal desarrollo psíquico, en consecuencia con los actos de “explotación” sexual llevados a cabo por parte de ellos mismos, si bien de forma voluntaria y espontánea<sup>52</sup>. A aumentar este peligro habría contribuido, en opinión de los jueces, la colocación de las imágenes eróticas en el ordenador de los imputados<sup>53</sup>. Los sistemas informáticos hubieran podido ser violados por parte de un *hacker* con el riesgo de que los datos, y, por consiguiente, las imágenes en estos

<sup>48</sup> *A.H. v. State of Florida*, 949 So. 2d 234 (Fla. Dist. Ct. App. 2007). La sec. 827.071(3) del código penal de Florida castiga la producción de pornografía infantil cuyo objeto son menores de dieciocho años.

<sup>49</sup> *A.H. v. State of Florida*, cit., párr. 235.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Zhang X., “Charging Children with Child Pornography. Using the Legal System to handle the Problem of Sexting”, en *Computer L. & Security Rev.*, vol. 26, núm. 3, 2010, pp. 251 ss., p. 253.

<sup>52</sup> *A.H. v. State of Florida*, cit., párr. 238-239.

<sup>53</sup> *A.H. v. State of Florida*, cit., párr. 239.

contenidas, entrasen de manera ilícita en posesión de terceros o se distribuyesen en red a un número indeterminado de personas.

La conclusión a la que ha llegado el Tribunal de Apelación de Florida contrasta con las premisas desde las que se parte. En primer lugar, no es coherente con la finalidad de la legislación penal del Estado de Florida contra la pornografía infantil. Esta, como han reconocido los mismos jueces, tiene como objetivo prevenir cualquier forma de explotación sexual de los menores. Hay que decir sin embargo, que la producción consensual de material pornográfico infantil por parte de los mismos menores no puede ser equiparada en sentido estricto a una forma de explotación sexual, realizándose de manera libre y sin ningún fin de provecho. Se trata en este sentido, de una legítima extrinsecación de su libertad de autodeterminación en el ámbito sexual. En segundo lugar, no queda claro cómo las imágenes habrían podido causar un daño psicológico a la pareja de jóvenes que llevaron a cabo el *sexting*, puesto que consintieron fotografiarse y el material pornográfico se había producido para un uso exclusivamente privado e íntimo. Es evidente por tanto, cómo las únicas consecuencias negativas para los menores han derivado de la rígida aplicación de la legislación penal sobre pornografía infantil, la exposición al proceso y la sucesiva condena por un delito sexual, con la automática inscripción en el infamante registro de criminales sexuales.

## 9.2. *Causas que excluyen la punibilidad (defences)*

Las iniciativas adoptadas por los organismos internacionales han tenido un peso muy relevante en las decisiones de los Estados a la hora de castigar las conductas de producción, distribución, cesión y también la simple tenencia o posesión de pornografía infantil<sup>54</sup>.

El Consejo de Europa, oportunamente, ha tenido en cuenta los posibles contrastes que habrían podido surgir entre la incriminación de estas conductas y la simple autoproducción o posesión de pornografía infantil por parte de menores. El art. 20, párrafo 3, del Convenio de Lanzarote de 2007 establece la posibilidad por parte de los Estados miembros de no castigar la producción o la posesión de imágenes de menores que hayan llegado a la edad del consentimiento sexual, en el caso de que se hayan llevado a cabo con su consentimiento y por una “frucción” exclusivamente personal e íntima.

Generalmente, las causas que excluyen la punibilidad (*defences*) establecida a nivel nacional requieren un legítimo fin (p. ej. razones de justicia, de ciencia, de educación o arte, finalidades médicas, etc.) para producir, poseer, distribuir o ceder

<sup>54</sup> En relación a las obligaciones de incriminación establecidas en este ámbito a nivel internacional véase Salvadori I., “*Possesso di pornografia infantile, accesso a siti pedopornografici, child-grooming e tecniche di anticipazione della tutela penale*”, en Ruggieri F., Picotti L. (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, pp. 20 ss.

pornografía infantil<sup>55</sup>. Solo en vía excepcional algunos ordenamientos de *common law* establecen específicas *defenses* para los menores que pongan de manifiesto esta conductas.

En particular, para evitar un exceso punitivo y tener en cuenta los contrapuestos intereses jurídicos que puedan entrar en juego, el legislador inglés ha establecido algunas causas de exclusión de la punibilidad que delimitan el ámbito de aplicación de los delitos en materia de *child pornography*.

La Sec. 160A del *Sexual Offences Act* (en adelante: *SOA*) del 2003 prevé que las conductas que tienen por objeto pornografía infantil no sean castigadas si concurren estos cuatro requisitos: 1) que la imagen represente a un menor solo o junto al imputado, siempre que no aparezcan otras personas; 2) que el imputado demuestre que la fotografía está relacionada con un menor que había alcanzado el umbral de edad para otorgar legítimamente su consentimiento sexual (fijado en los dieciséis años); 3) que en el momento de la producción de la fotografía el menor esté casado o conviva con el *partner* en el ámbito de una relación familiar estable; 4) que el menor representado en la foto haya otorgado su consentimiento para su producción.

Es evidente que esta *defence* no puede aplicarse en la mayoría de los casos de *sexting*. Incluso cuando las imágenes se hayan producido o intercambiado entre adolescentes unidos por una relación sentimental o consensual, faltaría en casi todos los casos el enlace familiar estable exigido por la norma<sup>56</sup>.

En el ordenamiento jurídico-penal inglés se prevé, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en Italia, que los delitos que tienen que ver con imágenes “indecentes” puedan ser perseguidos exclusivamente con el consentimiento previo de los procuradores públicos (*Crown Prosecutors*), bajo delegación de la dirección central de la fiscalía. A ellos les tocaría la tarea de evaluar cada caso y de motivar por escrito si existen los presupuestos para proceder contra las conductas de *sexting* sobre la base de las circunstancias concretas (sec. 1(7) *Prosecution of Offences Act* de 1985). Al *prosecutor*, que no puede renunciar al ejercicio de la acción penal debido a la joven edad del sujeto que cometió el delito, se le otorga la facultad de valorar los intereses del menor en el momento que decide si proceder o no contra él. De esta manera, es posible contemperar, también en relación a los casos más controvertidos de *sexting*, los fines de política-criminal que establece la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el sistema de justicia de menores inglés y el de gales<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Paradigmática en este sentido es la norma prevista al § 163.1(6) del código penal federal canadiense. Normas similares se encuentran en muchos ordenamientos extranjeros. Cfr. Salvadori I., “*I reati di possesso. Un’indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*”, Napoli, 2016, pp. 190 ss.

<sup>56</sup> Véase Sec. 160(2)(c) del *Criminal Justice Act (CJA)* del 1988.

<sup>57</sup> Cfr. Stone N., “*The ‘Sexting’ Quagmire: Criminal Justice Responses to Adolescents’ Electronic Transmission of Indecent Images in the UK and the USA*”, en *Youth Justice*, vol. 11, núm. 3, 2011, pp. 266 ss., p. 273.



En Australia también puede aplicarse la legislación penal contra la pornografía infantil al *sexting*<sup>58</sup>. Al igual de lo que se establece en Reino Unido, la decisión sobre si hay que proceder contra un menor está subordinada a la previa autorización del procurador general (*Attorney General*), al que le compete la evaluación sobre la oportunidad de perseguir al menor.

### 9.3. *Doli incapax e imputabilidad del menor*

Según un sector de la doctrina de habla inglesa, la relevancia penal del *sexting* podría estar excluida en muchos casos, sobre la base de la presunción relativa (*rebuttable presumption*) de no punibilidad para los menores de edad que hayan cumplido los diez años, pero que no hayan alcanzado todavía los catorce<sup>59</sup>.

En razón de la presunción de ausencia de capacidad de delinquir (*defence of doli incapax*), el menor no podría estar considerado culpable por un delito, también de naturaleza sexual, a menos que la acusación pública no demuestre que cuando cometió aquellos hechos era capaz de comprender el desvalor social de su comportamiento y de representarse los elementos constitutivos del hecho cometido<sup>60</sup>. En otras palabras, la acusación debería probar que el menor era consciente, al igual que una persona madura, de que su comportamiento era ilícito (*wrong*) y no solamente malvado.

La *defence of doli incapax*, prevista en algunos sistemas de *common law*, es una presunción que opera exclusivamente en los menores que tengan menos de catorce años. Una vez alcanzada esta edad, la ley establece que el menor responde penalmente por sus comportamientos ilícitos, si bien con una pena más leve respecto a la establecida para los adultos<sup>61</sup>.

Se ha afirmado que, en relación al *sexting*, esta presunción tendría que aplicarse implícitamente también a los menores que hayan cumplido mas de catorce años<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Únicamente en el Estado de Victoria se contempla una *defence* para los casos de *sexting* en los que estén involucrados menores. Cfr. Crofts T., Lee M., “‘*Sexting*’, *Children and Child Pornography*”, cit., p. 92. La Sec. 70(2)(d) del *Crimes Act* no castiga al que ha producido o recibido pornografía infantil en el caso de que no tenga más de dos años respecto al menor representado en dicho material.

<sup>59</sup> Crofts T., Lee M., “‘*Sexting*’, *Children and Child Pornography*”, cit., p. 100.

<sup>60</sup> La presunción relativa de incapacidad para cometer un delito, reconocida a un menor de edad entre diez y catorce años, se reconoce en muchos Países de habla inglesa. En Australia se admite p. ej. en los Estados de New South Wales, de Victoria y de South Australia. La *defence of doli incapax* se reconocía en un primer momento también en el ordenamiento inglés. Sin embargo, con la Sec. 34 del *Crime and Disorder Act* de 1998 el gobierno laborista decidió suprimirla, bajando a diez años el umbral de la imputabilidad de los menores. Contra esta decisión véase Dingwall G., “*Abolition of the Presumption of Doli Incapax for 10-14 Years Old*”, en 58 *J. Crim. L.*, 1993, pp. 385 ss.; Wortley N., “*No Defence of Doli Incapax*”, en 73 *J. Crim. L.*, 2009, pp. 305 ss.; ed in specie Crofts T., “*Catching Up with Europe: Taking the Age of Criminal Responsibility Seriously in England*”, en *Eur. J. Crime*, vol. 17, núm. 4, 2009, pp. 267 ss.

<sup>61</sup> Sobre la imputabilidad de los menores en el sistema penal australiano véase Urbas G., “*The Age of Criminal Responsibility*”, en *Australian Institute of Criminology, Trend & Issues*, noviembre 2000, pp. 1 ss., consultable en la siguiente página web: [http://www.aic.gov.au/media\\_library/publications/tandi\\_pdf/tandi181.pdf](http://www.aic.gov.au/media_library/publications/tandi_pdf/tandi181.pdf).

<sup>62</sup> Crofts T., Lee M., “‘*Sexting*’, *Children and Child Pornography*”, cit., p. 100.

No siempre los menores que tengan más de esta edad, por su estado de evolución y por las condiciones ambientales y culturales que reciben desde el contexto social y familiar en el que viven, son capaces de entender el significado pornográfico del material producido, poseído o cedido a terceros, viendo en esto una normal e ilícita forma de explotación de la propia sexualidad. La imputabilidad tendría entonces que ser determinada no solamente sobre la base del nivel de madurez del menor en relación a su edad, sino también en razón al específico hecho ilícito que ha cometido.

Si es difícil excluir la capacidad intelectual y de autodeterminación del menor respecto a los delitos que ofenden bienes jurídicos primarios, como en particular contra la vida (homicidio, lesiones, etc.) o contra intereses “elementales” de la sociedad (patrimonio, propiedad, etc.), no se puede decir lo mismo en relación a determinados delitos establecidos en la legislación penal contra la pornografía infantil, y en particular con aquellos comportamientos que no constituyen una forma grave de abuso o de explotación sexual.

Estas consideraciones son válidas también para los casos en que un menor reciba sin pedirlo imágenes y videos de carácter sexual de menores en su correo electrónico o por medio de un chat. Difícilmente será consciente de que la no eliminación de dicho material podría ser constitutivo del delito de posesión de pornografía infantil. En muchos sistemas de *common law*, esta conducta no es penalmente relevante si el menor ha intentado eliminar el material de su dispositivo electrónico.

El menor no siempre se dará cuenta de haber realizado una conducta penalmente relevante de producción, cesión o posesión de material pornográfico infantil, en particular cuando estos comportamientos queden en el ámbito de su esfera íntima y privada.

En una sociedad en la que los medios de comunicación favorecen el acceso y la exposición de los menores a la pornografía y contribuyen a consolidar un modelo desviado de sexualidad, desprovisto de cualquier dimensión íntima y privada, es inevitable que se asista a una erotización precoz de los adolescentes, que ellos aceptan y emulan por el fuerte condicionamiento que ejercita<sup>63</sup>. La falta de valores positivos de referencia, en particular en determinados contextos ambientales, sociales y culturales, en los que el menor crece y se desarrolla, hace que a la gravedad de un determinado comportamiento no se corresponda siempre la madurez necesaria para percibir el desvalor lesivo.

Esto no significa que para que los hechos ilícitos que se puedan reconducir al fenómeno del *sexting* secundario, se pueda reconocer una presunción absoluta de imputabilidad del menor. También en relación a estos comportamientos, el juez tendrá que establecer, teniendo en cuenta la edad y en la madurez del menor, si este estaba efectivamente en grado de comprender el desvalor de su comportamiento y de autodeterminarse según esta conciencia.

<sup>63</sup> Cfr. Leary M.G., “Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation”, en *Va J. Soc. P’y & L.*, 2007, vol. 15, Issue 1, pp. 486 ss.; Bertolino M., *op. cit.*, p. 69.

## 10. El *sexting* en el ordenamiento italiano

En los últimos años el legislador italiano, en línea con las obligaciones de fuentes internacionales, ha introducido en el código penal normas específicas para garantizar una oportuna protección a la integridad psicofísica y sexual de los menores.

Aunque no sea esta la sede para profundizar la compleja legislación penal italiana contra la pornografía infantil introducida en 1998, sucesivamente modificada en 2006 y, más recientemente en 2012, con la ley que ha ratificado y dado ejecución al Convenio de Lanzarote, es necesario, para esta investigación, determinar la relevancia que puede tener el consentimiento del menor en este contexto (par. 10.1) y establecer el ámbito de aplicación de los tipos penales que podrían aplicarse a los comportamientos relacionados con el *sexting* entre menores (párrafos 10.2, 10.3, 10.4 y 10.5).

### 10.1. *Relaciones sexuales entre y con menores: relevancia del consentimiento*

En el ordenamiento italiano, el natural y sano desarrollo de la personalidad del menor en el ámbito sexual está protegido en términos absolutos hasta cumplir los catorce años<sup>64</sup>. Cada relación sexual con un menor de catorce años, aunque sea consensuada, constituye, si no concurren las excepciones que se verán luego, un hecho penalmente relevante (art. 609-*quater*, párrafo 2, núm. 1, CP).

El legislador ha considerado que, debido a la inmadurez física y psicosexual del menor que no ha alcanzado todavía los catorce años, el consentimiento de este para el cumplimiento de actos sexuales no tiene ninguna eficacia<sup>65</sup>.

La protección de los menores en estos términos se ha elevado al cumplimiento de los dieciséis años en los casos en que la víctima se encuentre en una situación particular de inferioridad o de sujeción psicológica frente a un sujeto que tenga con ella una determinada relación, como aquella de padre (también adoptivo), de ascendiente, de persona a la que el menor haya sido entregado por razones de guarda, educativas o de vigilancia, de control o de convivencia. En relación a dichas hipótesis, el art. 609-*quater*, párrafo 1, núm. 2, CP establece que el consentimiento del menor de dieciséis años no es relevante. La regla general que establece un derecho a la libertad de autodeterminación en la esfera sexual a partir del cumplimiento de

<sup>64</sup> La *ratio* de esta normativa consiste en garantizar la integridad psicofísica del menor y el desarrollo normal y sano de su sexualidad. En este sentido, véase p. ej. Padovani T., “*L’intangibilità del minore degli anni quattordici e l’irrelevanza dell’errore sull’età: una presunzione ragionevole ed una fictio assurda*”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 429 ss.; Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen., PS*”, vol. II, t. I, cit., p. 257 s. Para Mantovani F., “*Dir. pen., PS*”, I, V ed., Padova, 2013, pp. 426 ss., pp. 434 ss., el bien jurídico protegido por el delito del art. 609-*quater*, párrafo primero, CP, sería la intangibilidad sexual del menor que tiene menos de catorce años; en este sentido también la jurisprudencia: Cass. pen., sección III, sentencia de 8 de julio de 2004, núm. 29662; Cass. pen., sección III, sentencia de 6 de diciembre de 2012, núm. 47220.

<sup>65</sup> Sobre la presunción absoluta de la irrelevancia del consentimiento otorgado por un menor de catorce años véase en la jurisprudencia Cass. pen., sección III, sentencia de 15 de julio 2010, núm. 27588; Cass. pen., sección III, sentencia de 8 de junio de 2015, núm. 24342; Cass. pen., sección III, sentencia de 12 de diciembre 2016, núm. 52380.

los catorce años, está por tanto sujeta a excepciones. El legislador italiano presume de manera absoluta la irrelevancia del consentimiento otorgado por el menor que haya superado ya este umbral de edad, pero que no ha llegado todavía a los dieciséis años, a la realización de actos sexuales con las personas que estén ligadas a él como consecuencia de una especial relación o posición, en cuanto puedan ejercer sobre el menor particulares sugerencias o condicionamientos<sup>66</sup>.

Una protección reforzada se asegura también a los menores que tengan más de dieciséis años cuando su implicación en actos sexuales se haya obtenido mediante el abuso de poder por la particular posición del sujeto activo (ascendiente, padre, tutor, etc.). Aunque el menor haya cumplido los dieciséis años y haya consentido la realización de actos sexuales, su consentimiento tendrá que considerarse irrelevante, puesto que se habría obtenido abusando del poder relacionado con la peculiar posición del sujeto activo (art. 609-*quater*, párrafo 2, CP).

El art. 609-*quater*, párrafo 3, CP establece sin embargo, la no punibilidad del menor que, fuera de los casos de violencia sexual (art. 609-*bis* CP), realice actos sexuales con un menor que haya cumplido los trece años, siempre que la diferencia de edad entre ellos no supere los tres años<sup>67</sup>. La ciencia penal se debate sobre la calificación dogmática de esta previsión legal.

Según un primer sector de la doctrina, se trataría de una causa de exclusión de la pena<sup>68</sup>. Teniendo en cuenta la *ratio* de la norma, cuyo objetivo es garantizar un espacio de lícita extrinsecación de la libertad de autodeterminación en el ámbito sexual del menor, en razón de su desarrollo psicofísico y del hecho de que tenga ya trece años, parecería sin embargo más correcto considerar que no se trata de una cláusula que excluye la punibilidad, como podría reflejar su formulación literal, sino de una causa de exclusión de la tipicidad del hecho<sup>69</sup> o, más bien, de un “límite” (negativo) del hecho típico<sup>70</sup>.

Controvertida es en contra, la relevancia del consentimiento del menor en relación a los hechos tipificados por el delito de pornografía infantil del art. 600-*ter* CP.

<sup>66</sup> En este sentido, véase en la jurisprudencia, Cass. pen., sección III, sentencia de 13 de mayo de 2004, núm. 29662, en *Cass. pen.*, 2005, p. 3371.

<sup>67</sup> Critican los umbrales de edad establecidos por el legislador para disciplinar las relaciones sexuales con y entre menores Veneziani P., “Art. 609-*quater* CP”, en Cadoppi A. (a cura di), “*Commentario*”, cit., pp. 613 ss.; Mantovani F., “*Dir. pen. PS*”, I, cit., pp. 436 ss.; Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen. PS*”, vol. II, t. I, IV ed., Bologna, 2013, p. 258; Vizzardi M., “Sub art. 609-*quarter* CP”, en “*Codice penale commentato*”, t. III, IV ed., dirigido por E. Dolcini e G.L. Gatta, Assago, 2015, p. 402.

<sup>68</sup> En estos términos Mantovani F., “*Dir. pen. PS*”, I, cit., p. 428; también Bertolino M., “*La riforma dei reati di violenza sessuale*”, en *Studium iuris*, 1996, pp. 401 ss. Se trataría de una causa de justificación para Longari C., “*Atti sessuali con minorenni*”, en Coppi F. (a cura di), “*I reati sessuali. I reati di sfruttamento di minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*”, Torino, 2007, p. 143.

<sup>69</sup> Es esta la tesis que defiende Venafrío E., “*Commento all'art. 4 l. 15/2/1996, núm. 66*”, en *Leg. pen.*, 1996, pp. 448 ss., p. 450; en el mismo sentido Picotti L., “*Profili generali di diritto penale sostanziale*”, en Cadoppi A. (a cura di), “*La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della l. núm. 66/99. Profili giuridici e criminologici (Atti del Convegno di Parma, 24-25 marzo 2000)*”, Padova, 2001, pp. 19 ss., p. 42.

<sup>70</sup> Sobre las causas de justificación tácitas, o mejor dicho, sobre los “límites tácitos” («proprios» e «improprios») de la norma penal Nuvoletti P., “*I limiti taciti della norma penale*”, (1947), rist., Padova, 1972, pp. 122 ss., en particular pp. 123 ss., pp. 147 ss.

### 10.2. *Ilicitud penal de las conductas que tienen como objeto la pornografía infantil y la eficacia del consentimiento del menor*

Alejándose de los preceptos internacionales, el legislador italiano ha subordinado la relevancia penal del hecho de *realizar* exhibiciones o espectáculos pornográficos o *producir* material de la misma naturaleza a la “*utilización*” de menores de dieciocho años (art. 600-ter, párrafo 1, CP)<sup>71</sup>. La producción de pornografía infantil se castiga con la pena de la reclusión de seis a doce años y la multa de veinticuatro a doscientos cuarenta mil euros<sup>72</sup>.

Con una pena inferior (reclusión de 1 a 5 años y multa), se castiga el hecho de *distribuir*, mediante cualquier medio, también telemático, o *divulgar*, *difundir* o *dar publicidad* a material pornográfico infantil (art. 600-ter, párrafo 3, CP). Menos grave es la sanción (reclusión hasta tres años y multa) establecida por el hecho de *ofrecer* o *ceder a terceros*, también de manera gratuita, material análogo (art. 600-ter, párrafo 4, CP).

A diferencia de lo que establece el art. 609-quater CP para los actos sexuales con menores, en relación a dichas conductas, el consentimiento otorgado por el menor que tiene menos de dieciocho años no constituye un “límite” (negativo) del hecho típico.

Se ha afirmado en los primeros comentarios doctrinales, que esta disciplina representaría una contradicción respecto al reconocimiento del derecho a la libertad sexual que el menor adquiere con el cumplimiento de catorce años y, si bien de manera limitada, al cumplimiento de actos sexuales entre coetáneos, ya a partir de los trece años<sup>73</sup>. Para intentar superar esta antinomia se ha propuesto una interesante relectura teleológica y sistemática de la normativa en examen<sup>74</sup>.

El natural y sano desarrollo de la personalidad sexual del menor y de su libertad de autodeterminación en este ámbito está protegido, salvo la excepción prevista en el art. 609-quater, párrafo 3, CP (véase *retro*, par. 10.1), hasta el cumplimiento de los catorce años. Por lo tanto, la pornografía cuyo objeto son los menores de cator-

<sup>71</sup> El art. 600-ter CP fue introducido en el código penal italiano por el art. 3 de la ley 3 de agosto de 1998, núm. 269, sobre “normas contra la explotación de la prostitución, de la pornografía y del turismo sexual en daño a los menores, como nuevas formas de esclavitud”. El delito ha sido parcialmente modificado por el art. 2 de la ley 6 de febrero de 2006, núm. 38, relativa a “disposiciones en materia de lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil también por medio de Internet” y finalmente ha sido modificado por el art. 4, párrafo primero, letra h), de la ley 1 de octubre de 2012, núm. 172, con el que el legislador italiano ha ratificado y dado ejecución al Convenio de Lanzarote del Consejo de Europa de 2007.

<sup>72</sup> Menos grave es el tratamiento sancionador establecido por la producción de pornografía infantil en el derecho penal extranjero: véase p. ej. España (art. 189.1, letra b, CP: reclusión de 1 a 5 años); Portugal (art. 176, co.1, let. c, CP: reclusión de 1 a 5 años); Francia (art. 227-23 CP: reclusión hasta 3 años y multa); Bélgica (art. 383bis. §1 CP: reclusión de cinco a diez años y multa) y en Suiza (art. 197, párr. 4, StGB: reclusión hasta 3 años).

<sup>73</sup> En este sentido, véase Cadoppi A., “Art. 600-ter, co. 1 e 2, CP”, en Id. (a cura di), “Commentario”, cit., pp. 148 s.

<sup>74</sup> Cadoppi A., *op. cit.*, p. 149 s.; Del Signore S., “Pornografia minorile, en “I reati contro la persona”, III, tratado dirigido por A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna y M. Papa, Milano, 2006, pp. 407 ss., pp. 429 s.; Bianchi M., “Il sexting”, cit., p. 13.



ce años, aunque sea de manera consensuada, será siempre penalmente relevante. También el menor que haya cumplido los catorce años, pero que no haya alcanzado todavía los dieciocho, estaría protegido respecto a su implicación, mejor dicho, *utilización* instrumental en la producción de pornografía infantil. El legislador presume que su empleo en la realización de dicho material se lleva a cabo contra su voluntad<sup>75</sup>. Según la tesis aquí criticada, el consentimiento otorgado libremente por el menor tendría que considerarse válido en los casos en que la defensa demuestre que poseía la madurez necesaria para exteriorizar de manera consciente su libertad sexual y que en el caso específico su decisión fue efectivamente libre e informada. El imputado tendría concedido por lo tanto, probar la completa madurez del menor para autodeterminarse en su ámbito sexual y, por consiguiente, para disponer libremente de su cuerpo<sup>76</sup>.

El menor que tenga más de dieciséis años estaría protegido, siempre según este sector de la doctrina y solamente en determinados casos, por la norma del art. 600-ter CP. Debido a su madurez física y psicológica, el que supere este umbral de edad podría tomar parte libremente en la producción o en la autoproducción de pornografía infantil de manera consentida<sup>77</sup>. No se explicaría de otra manera la posibilidad de tener relaciones sexuales con cualquier persona que el ordenamiento italiano otorga al menor que haya cumplido los catorce años, excepto en los casos en que haya una relación peculiar con el *partner* (art. 609-quater, párrafo 1, núm. 2, CP) o en el caso en que su consentimiento no se haya obtenido mediante el abuso de poderes relacionados con la peculiar posición de determinados sujetos (art. 609-quater, co. 2, CP), sin permitirle al mismo tiempo hacerse fotografías en actitudes sexualmente explícitas o dejarse grabar mientras lleva a cabo actos de la misma naturaleza con un adulto o con un coetáneo. En el caso en que se demostrase que no se ha tratado de una decisión libre e informada, su consentimiento tendría que considerarse inválido y, por consiguiente, las conductas que comportan su implicación directa en la producción del material pornográfico, no siendo expresión de su libertad de autodeterminación en el ámbito sexual, asumirían relevancia penal.

Sin tener que esconder las dificultades de reconocer una implícita relevancia del consentimiento del menor mayor de catorce años, también en relación a los hechos tipificados por el 600-ter CP, la citada tesis doctrinal considera que solo mediante una lectura teleológica y sistemática de dicha norma sería posible superar los evidentes perfiles de ilegitimidad constitucional que plantea<sup>78</sup>.

Negar que los menores que hayan cumplido catorce años gocen, salvo las excepciones que se han analizado anteriormente (*retro*, par. 10.1), de una completa libertad sexual contrastaría, en primer lugar, con una lectura lógico-sistemática de la legislación penal en dicha materia, y en particular, con la que tiene que ver con los actos sexuales con menores del art. 609-quater CP. Evidente sería además, la

<sup>75</sup> Cadoppi A., *op. cit.*, p. 150.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Cadoppi A., *op. cit.*, p. 149.

<sup>78</sup> Cadoppi A., *op. cit.*, pgs. 151-152.

incompatibilidad con la normativa constitucional y con la misma *ratio* de la previsión legal. Para castigar las conductas relacionadas con el fenómeno de la pornografía infantil, el legislador italiano del 1998 no habría entendido negar a los sujetos mayores de catorce años su fundamental derecho a la libertad sexual, sino que solamente habría querido proteger a los menores frente a graves hechos de explotación y de violencia sexual, o a comportamientos que los obliguen contra su voluntad a tomar parte en el mundo de la pedofilia y al de la producción de pornografía infantil<sup>79</sup>. Las conclusiones a las que llega este sector doctrinal plantean sin embargo algunas dudas.

La comparación con el art. 609-*quater* CP no parece del todo correcta. La falta de previsión en el ámbito del art. 600-*ter* CP de un “límite” en la tipicidad, constituye un elemento en contra de un implícito reconocimiento de la eficacia del consentimiento del mayor de catorce años para ser involucrado en la producción de pornografía infantil. Cuando el legislador ha querido dar relevancia al consentimiento del menor, lo ha hecho expresamente y, como se ha visto anteriormente (*retro*, par. 10.1), ha subordinado su relevancia a la existencia de específicas condiciones (realización de actos sexuales con un menor que haya cumplido los trece años, siempre que la edad del sujeto activo no sea mayor de tres años de la del sujeto pasivo; existencia de formas de abuso de poderes relacionados con la peculiar posición del *partner* respecto al menor que tiene más de dieciséis años).

La tesis aquí criticada ha sido adoptada sin embargo recientemente en una pronuncia de la jurisprudencia de primera instancia. En la determinación de la esfera de relevancia penal del *sexting*, el Tribunal de Florencia ha establecido que la disciplina del consentimiento prevista por el art. 609-*quater* CP tiene que extenderse en vía hermenéutica también al art. 600-*ter* CP<sup>80</sup>. De esta manera, se ha afirmado que la conducta del menor que para una “frucción” privada grabe a la novia de diecisiete años con su consentimiento válido y libre mientras lleva a cabo actos sexuales no tendría que estar penada, no integrando una hipótesis ilícita de producción de pornografía infantil *ex art. 600-ter*, párrafo 1, CP. Esta conclusión, si bien llega a un resultado que se puede compartir, se mueve a partir de premisas que no son correctas. Se trata de hecho de una interpretación analógica *in bonam partem*, que contrasta con el principio de precisión del tipo penal. El tenor literal del precepto no hace ninguna referencia a la posible relevancia del consentimiento del menor implicado en la producción de pornografía infantil<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Cadoppi A., *op. cit.*, p. 152.

<sup>80</sup> Tribunal de Florencia, sentencia de 10 de febrero de 2015, núm. 163 cit.

<sup>81</sup> Sobre la inadmisibilidad en el derecho penal de la analogía *in bonam partem* Marini G., voce “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, en *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 950 ss., p. 958; Bricola F., “La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali”, I, Milano, 1965, pgs. 304-305; Nuvolone P., “Il sistema del diritto penale”, Padova, 1982, p. 131; Vassalli G., voce “Analogia nel diritto penale”, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, pp. 158 ss., pp. 165 ss.; Di Giovine O., “L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge”, Milano, 2006, *passim*.

Debido a la relevancia del consentimiento (eventualmente) otorgado por el menor de catorce años para la producción, difusión, cesión o mera tenencia de pornografía infantil en cuya realización haya tomado parte, parecería, que en el ordenamiento italiano, al igual de lo que está previsto en otros sistemas jurídicos europeos (p. ej. en el español o el inglés), tienen que reconducirse los comportamientos de los menores equiparables al *sexting* a la normativa penal contra la pornografía infantil. Esta conclusión es contraria sin embargo a la *ratio* del art. 600-ter CP. El legislador italiano ha subordinado la relevancia penal de las conductas cuyo objeto es la pornografía infantil a una efectiva “utilización” de menores, es decir, a la mercantilización o instrumentalización de su cuerpo y de su sexualidad.

### 10.3. *Producción de pornografía infantil y bien jurídico protegido*

El art. 600-ter, párrafo 1, núm. 1, CP castiga el hecho de realizar exhibiciones o espectáculos de pornografía infantil o de producir material de la misma naturaleza. Para que la producción y la realización de dichos espectáculos sea penalmente relevante, hace falta, como se desprende literalmente del tipo penal, que el material pornográfico infantil se haya producido «*utilizando a menores de dieciocho años*».

Estableciendo como elemento constitutivo del tipo que el material pornográfico infantil se produzca mediante la “utilización” de menores de dieciocho años, el legislador italiano ha querido castigar el empleo o mejor dicho, la *instrumentalización* de las víctimas menores de edad efectivamente implicadas en actividades sexuales ilícitas<sup>82</sup>. La utilización del menor representa la *modalidad* que caracteriza la tipicidad de la conducta de producción, así como la de realización de exhibiciones o espectáculos de pornografía infantil<sup>83</sup>. Se trata por tanto de un tipo penal que no castiga cualquier realización de pornografía con menores, sino aquella que implica la manipulación o la cosificación de un menor de dieciocho años, instrumentales a la producción de imágenes o vídeos pornográficos, independientemente de la existencia de una finalidad de provecho o de su connotación comercial. En este sentido, el tipo abarcaría por regla general, la producción de pornografía infantil por parte de terceros también para su uso exclusivamente privado<sup>84</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el pedófilo que convence a un menor para masturbarse y grabarlo y que en seguida “consume” dicho material, para cuya realización era imprescindible la utilización del menor, para satisfacer sus deseos sexuales. Desde un punto de vista penal, la característica de la producción ilícita de pornografía infantil es la desigualdad en el *tipo de relación* que surge entre el adulto y el menor, puesto que

<sup>82</sup> Mantovani F., “*Dir. pen., PS*”, I, cit., p. 503; Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen., PS*”, vol. II, t. I, cit., p. 173; Pistorelli L., “*Sub art. 600-ter CP*”, in “*Codice penale commentato*”, t. III, cit., p. 230.

<sup>83</sup> En jurisprudencia cfr. Cass. pen., sección III, sentencia de 21 de marzo de 2016, núm. 11675.

<sup>84</sup> Gizzi L., “*Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter, primo e secondo comma, CP e art. 600 quarter. I CP)*”, en Coppi F. (a cura di), “*I reati sessuali*”, cit., p. 400 ss., p. 401; Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen., PS*”, vol. II, t. I, cit., p. 173. Contra Mantovani F., “*Dir. pen., PS*”, op. cit., p. 504.

este último no manifiesta de manera natural y libre su libertad de autodeterminación en el ámbito sexual, al ser utilizado para una exclusiva fruición del primero.

Valorizando el fundamental requisito de la *utilización* del menor en la producción de pornografía infantil como característica modal de la conducta típica, se ha afirmado que el interés protegido por el art. 600-ter CP consiste en la integridad psicofísica y sexual del menor concretamente involucrado, mejor dicho, utilizado, en los actos sexuales<sup>85</sup>. La incriminación de la producción de pornografía infantil se justificaría en este sentido para contrastar desde su origen cualquier forma no solo de abuso o de explotación sexual, sino también de mercantilización o cosificación de los menores para fines sexuales<sup>86</sup>. Esta toma de postura, que hoy en día sigue siendo mayoritaria entre la jurisprudencia y la doctrina, no individúa sin embargo de manera totalmente correcta el desvalor social de estas conductas.

Como ha subrayado la Corte di Cassazione reunida en *Sezioni Unite* en un importante fallo relativo a la aplicación del art. 600-ter CP, en su formulación anterior a la reforma del 2006, a efectos de la relevancia penal de la conducta de producción de pornografía infantil no era necesaria una explotación económica del menor. Por contra, era imprescindible la existencia de un «concreto peligro de difusión del material producido»<sup>87</sup>. Y en este sentido, una doctrina jurisprudencial más reciente ha establecido, con razón, que la simple producción o realización de pornografía infantil no puede ser penada por el simple hecho de tener por objeto a un menor de edad inferior a los dieciocho años llevando a cabo actividades sexuales<sup>88</sup>.

De conformidad con este pronunciamiento del “Supremo” italiano (*Corte di Cassazione*), se ha subrayado cómo la producción de pornografía infantil, para ser penalmente relevante, requeriría su inserción en un contexto de «por lo menos embrionaria organización y de destinación a la sucesiva fruición también potencial por parte de terceros»<sup>89</sup>. Para fundamentar esta interpretación hay un importante elemento sistemático.

Si la conducta de producción no tuviese una destinación, por lo menos potencial, al sucesivo “consumo” por parte de terceros, no se explicaría de otra manera la previsión de un idéntico tratamiento sancionador para la conducta, que representa normalmente su desarrollo natural, de quien haga comercio de dicho material lícito, como establece el párrafo segundo del art. 600-ter CP<sup>90</sup>. Hacer comercio presupone una actividad organizada y no ocasional, destinada al cumplimiento de una plurali-

<sup>85</sup> Fiandaca G., Musco E., *op. cit.*, p. 173.

<sup>86</sup> Cfr. Council of Europe, Lanzarote Convention, *Explanatory Report*, núm. 135.

<sup>87</sup> Cass. S.U., sentencia de 31 de mayo de 2000, núm. 13, en *Foro it.*, 2000, II, pp. 685 ss.

<sup>88</sup> Cass. pen., sentencia núm. 11675/2016 cit.

<sup>89</sup> En estos términos, véase p. ej. Cass. pen., sección III, 5 de junio de 2007, núm. 27252, con comentario de Valenza D., “*Rapporti tra fattispecie e costruzione per gradi di offesa al bene giuridico*”, en *Cass. pen.*, núm. 10, 2009, pp. 3852 ss.; Cass. pen., sección III, sentencia de 14 de enero de 2008, núm. 1814; Cass. pen., sección III, sentencia de 28 de diciembre de 2009, núm. 49604; Cass. pen., sección III, 10 de octubre de 2013, núm. 41776.

<sup>90</sup> Cfr. Cass. pen., sentencia núm. 27252/2007 cit.

dad de cesiones a título oneroso de pornografía infantil<sup>91</sup>. Además, la ausencia de una disposición que establezca una circunstancia atenuante del tratamiento sancionador tan serio establecido para los casos de producción y de comercialización, también en presencia de hechos que se caracterizan por su limitada gravedad (en razón por ejemplo, de la escasa cantidad o baja calidad del material producido, de las modalidades o del contexto de realización, etc.), constituye un ulterior elemento que demuestra la voluntad del legislador de castigar exclusivamente aquellas conductas que no sean ocasionales y que no se realicen en el ámbito de una relación privada y estén potencialmente destinadas a la distribución a terceros de dicho material. La conducta de producción tiene que referirse por lo tanto, a la pornografía infantil realizada a través de la mercantilización o el empleo instrumental de un menor para fines sexuales de terceros, que va más allá de la relación sexual en que se realiza y que se manifiesta en el peculiar *tipo de relación* que se instaura con la víctima menor de edad<sup>92</sup>. El hecho de que el material ilícito se haya producido fuera de una *relación intersubjetiva* de carácter íntimo o sentimental (p. ej. entre novios) aumenta de manera significativa el riesgo de que pueda ser destinado a su puesta en circulación, con el consiguiente peligro de difusión a un número indeterminado de personas<sup>93</sup>.

En conclusión, la *ratio* del tipo penal consistiría en anticipar la protección penal del bien jurídico del libre desarrollo personal del menor y, en particular, su bienestar psicofísico y sexual<sup>94</sup>. Debido a la importancia del interés personal que hay que proteger, se justifica la intervención del derecho penal en una fase anticipada para castigar «conductas de por sí degradantes y caracterizadas por un profundo desvalor, además de ser peligrosas para la sucesiva y eventual difusión que el material así producido puede conocer»<sup>95</sup>.

Para que surja un concreto peligro de difusión del material pornográfico infantil es irrelevante que en el origen se verifique una explotación o un abuso sexual del menor. Determinantes serán, sin embargo, el contexto y en particular las modalidades ejecutivas con las que el material ilícito se produce<sup>96</sup>. Y este riesgo será mayor en el caso de que la producción de vídeos e imágenes de pornografía infantil se

<sup>91</sup> En doctrina véase p. ej. Cadoppi A., “Art. 600-ter, co. 1 e 2, CP”, cit., p. 163; Gizzi L., “Il delitto di pornografia minorile”, cit., p. 438.

<sup>92</sup> Cfr. Picotti L., “I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici”, en Forti G., Bertolino M. (a cura di), “Scritti per Federico Stella”, II, Napoli, 2007, pp. 1267 ss., pp. 1282 ss.

<sup>93</sup> Contra Fiandaca G., Musco E., “Dir. pen., PS”, vol. II, t. I, cit., p. 174, nota 6, que consideran que el art. 600-ter CP constituye un delito de peligro abstracto, puesto que la producción sería de por sí idónea a exponer en peligro el bien jurídico del sano desarrollo psicosexual del menor.

<sup>94</sup> Cass. pen., S.U., sentencia núm. 13/2000 cit.; en el mismo sentido véase p. ej. Cass. pen., sentencia núm. 27252/2007 cit.; Cass. pen., sentencia núm. 41776/2013 cit.

<sup>95</sup> Cass. pen., sentencia núm. 27252/2007 cit.

<sup>96</sup> Picotti L., “I delitti di sfruttamento sessuale”, cit., pp. 1289, 1291, 1294; Id., “La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, núm. 38) (Parte prima)”, en *Studium iuris*, núm. 10, 2007, pp. 1059 ss., p. 1069.



lleve a cabo no solamente por parte de terceros y por tanto fuera de una íntima relación sentimental de carácter privado, sino también a través del empleo de las TIC que facilitan la pérdida de control exclusivo sobre el material así producido y que permite a la vez su rápida difusión a un número indeterminado de personas.

Hay *instrumentalización* y por lo tanto cosificación de un menor, cuando el material pornográfico producido no se ha realizado en el ámbito circunscrito de una normal e íntima relación sentimental entre un adulto y un menor (o entre menores) para su uso exclusivamente privado, sino que se ha producido o está destinado a la fruición por parte de terceros. No se trata entonces de proteger solamente a los menores frente a comportamientos de abuso, de explotación, o de mercantilización para fines sexuales llevados a cabo por parte de “tipologías” de sujetos desviados (pedófilos, *groomers*, depredadores sexuales, etc.) que producen dicho material para satisfacer sus deseos lujuriosos, para conseguir un provecho o para introducirlo en el circuito ilícito de la pedofilia, sino también por parte de un grupo más amplio de personas que, gracias en particular a las TIC, pueden ser a su vez productores, poseedores o distribuidores, también ocasionales, de dicho material, realizado mediante la utilización instrumental de las jóvenes víctimas<sup>97</sup>. Por esta razón, el legislador italiano ha castigado al mismo tiempo una abanico de conductas que se colocan en una fase temporal sucesiva a la producción, que no presupone necesariamente la explotación o el abuso sexual del menor, sino solamente su “utilización”, puesto que el menor podría otorgar su consentimiento para que el material fuera utilizado por terceros con fines sexuales<sup>98</sup>.

Ya se ha subrayado (*retro*, par. 10.1), que en el marco del art. 600-ter CP, al consentimiento del menor no se reconoce de manera expresa ninguna eficacia, a diferencia de lo que se prevé en relación a las relaciones sexuales entre coetáneos *ex art. 609-quater*, párrafo 3, CP. La exigencia de garantizar una indisponibilidad, casi absoluta, del material pornográfico infantil justifica la decisión político-criminal de excluir la relevancia penal del consentimiento, si bien libre e informado, del menor. El peligro de su potencial difusión incontrolada y, muy a menudo, técnicamente irreversible (una vez que el material se publique en la web) legitima, por lo menos en parte, un tratamiento sancionador tan elevado para la producción realizada fuera de una relación intersubjetiva de carácter privado.

Una reconstrucción en términos excesivamente rígidos del precepto del art. 600-ter CP, sobre la base de su tenor literal, acabaría sin embargo por sancionar casos en que el desvalor social y lesivo es prácticamente inexistente o muy escaso. Piénsese, por ejemplo, en el menor de quince años que hace unas fotos de manera consensuada a su novia en actitudes pornográficas para luego compartirlas y verlas en su intimidad. En esta hipótesis faltaría el requisito típico de la objetiva *utiliza-*

<sup>97</sup> Cfr. Picotti L., “*I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*”, cit., p. 1290.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

ción de la menor. En el caso en que el material se haya producido entre coetáneos para una fruición exclusivamente privada e íntima faltaría el empleo *instrumental* del cuerpo o de la sexualidad del menor grabado o representado en las imágenes, para finalidades que van más allá de dicha relación sentimental. Si falta esta instrumentalización o cosificación del menor, simplemente habrá una normal y legítima extrinsecación de su sexualidad, a la que el legislador italiano reconoce, teniendo en cuenta su edad y su madurez psicosexual, el derecho a la libertad de autodeterminación en la esfera sexual.

A diferencia de lo que requiere de manera expresa el art. 600-ter CP, el material pornográfico infantil realizado en el contexto y dentro de una libre relación interpersonal de carácter íntimo, no es por tanto el fruto de una instrumentalización, mejor dicho, “utilización” con fines sexuales del menor. No hay ninguna degradación de la menor como instrumento para la satisfacción de intereses sexuales de terceros cuando un menor graba a su novia de manera consensuada mientras realizan actos sexuales para luego “consumir” dicho material juntos, al tratarse de una conducta que, por su carácter consensuado y privado, constituye una forma legítima de extrinsecación del derecho a la libertad sexual.

Desde el punto de vista de la dimensión intersubjetiva de las relaciones sociales, la conducta entraría en conflicto con el interés del sujeto pasivo, merecedor de protección penal<sup>99</sup>. El sujeto activo no lleva a cabo su conducta para conseguir un propio interés “particular”, que se contrapone al interés protegido por el tipo penal y que pertenece al menor representado o grabado en actitudes sexuales. El hecho de producir material de contenido abstractamente pornográfico en ámbito íntimo y para una fruición privada constituye también una de las modalidades a través de la que los menores pueden legítimamente expresar su libertad de autodeterminación en la esfera sexual. Se trataría por tanto de un *límite tácito* del tipo penal<sup>100</sup>, que hace que la conducta de producción sea atípica, porque queda circunscrita a la esfera privada y, por consiguiente, no establece, por falta de una utilización instrumental del menor, ninguna relación ilícita de relevancia social.

En todos los demás casos, el consentimiento del menor será irrelevante debido a la indisponibilidad general de la propia sexualidad para ser empleada en producir material pornográfico. Cuando la realización de imágenes o videos de carácter pornográfico se lleva a cabo fuera de una relación privada entre o con menores, deja de constituir una legítima extrinsecación del derecho a la libertad de autodeterminación en la esfera sexual e implica una cosificación del menor, cuyo cuerpo se *utiliza* para fines que van más allá de dicha relación. Mediante este hecho se

<sup>99</sup> Subraya, con razón, cómo en la base de cada delito hay una “relación conflictual de intereses” F.C. Palazzo F.C., “*I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 453 ss., p. 463; Picotti L., “*Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*”, Milano, 1993, pp. 547 ss.; Id., “*La nozione di «criminalità informatica» e la sua rilevanza per le competenze penali europee*”, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, núm. 4, 2011, pp. 827 ss., pp. 838 s.

<sup>100</sup> Con relación a los “límites tácitos” del delito, véase Nuvolone P., *I limiti taciti*, cit., *passim.*, y en particular pp. 136 ss., p. 147, pp. 149 ss., p. 150.

produce entonces una *relación conflictual* respecto a intereses o bienes jurídicos del menor implicado en la producción.

Desde una perspectiva de las relaciones sociales, cambia el *significado* y el específico desvalor social de la producción de dicho material: no se trata de una natural y legítima modalidad de extrinsecación de la sexualidad vivida en el ámbito de una relación íntima y que tiene que quedar privada, sino que se transforma en un *medio* para la satisfacción de un interés “particular” contrapuesto al del sujeto pasivo, que se reduce en objeto corporal e instrumento empleado para fines exclusivos pornográficos de terceros. Esta cosificación anula la dignidad del menor y pone en peligro su sano desarrollo psicofísico y sexual y además contribuye, en consecuencia de la potencial destinación del material así producido a su puesta a disposición de terceros, a consolidar y a promocionar modelos culturales y estilos de vida ilícitos, en los que se pisotean los derechos y la personalidad de los menores en el ámbito sexual, reducidos a simple *instrumento* para la satisfacción de deseos sexuales ajenos o de todos modos para conseguir finalidades (de venganza, de humillación, económicas, etc.), que se contraponen a los intereses de las jóvenes víctimas.

#### **10.4. *El desvalor social de las conductas de distribución, divulgación, difusión, dar publicad, ofrecer o ceder pornografía infantil***

Para que las conductas de distribución, de divulgación, de difusión o de dar publicidad, mencionadas en el párrafo tercero del art. 600-ter CP, o las de hacer oferta o ceder, también a título gratuito, del sucesivo cuarto párrafo del mismo artículo del código penal italiano, sean penalmente relevantes deben tener por objeto el «*material pornográfico del párrafo 1*» del art. 600-ter CP. Se trata, a favor de la cláusula («*fuera de las hipótesis del primero y segundo párrafo*») establecida al comienzo del art. 600-ter, párrafo tercero, CP, de tipos penales residuales que se aplican solamente a los que han tomado parte en la realización de espectáculos o exhibiciones de pornografía infantil, a la producción o a la comercialización de dicho material.

Con la expresa referencia al «*material pornográfico del párrafo primero*» del art. 600-ter CP, parece que el legislador italiano ha querido limitar la relevancia penal de las mencionadas conductas típicas a aquellas que tienen por objeto el material producido «*utilizando*» a menores de dieciocho años.

Si se aceptara esta interpretación literal del tipo, que ha sido defendida recientemente por parte de la jurisprudencia<sup>101</sup>, se llegaría sin embargo a resultados muy discutibles, hasta el punto de reconocer la irrelevancia penal del *sexting* secundario. Piénsese, por ejemplo, en la persona (un adulto o también un menor) que recibe un

<sup>101</sup> En este sentido, véase p. ej. Cass. pen., sentencia núm. 11765/2016 cit.

video producido y enviado de manera espontánea por parte de un adolescente mientras realiza actos de autoerotismo y, sucesivamente decide distribuirlo a algunos amigos. Faltando en sentido estricto una instrumentalización, mejor dicho, una utilización previa del menor, habría que afirmar que las conductas que consisten en la sucesiva puesta a disposición de terceros del material así producido por parte del destinatario son penalmente irrelevantes. A la misma conclusión habría que llegar en los casos, todavía más graves, en que una persona (adulto o menor), para vengarse del *partner* menor de edad, para humillarlo o para reírse de él, decide difundir o distribuir en Internet las imágenes de carácter pornográfico que había previamente producido de manera consensuada con este último para “consumirlas” en un contexto privado. Faltando en estas hipótesis una *previa* utilización instrumental de un menor por parte de un sujeto distinto al que luego pone a disposición de terceros dicho material, el sucesivo hecho de la difusión, pese a su indudable desvalor social, no sería subsumible en el delito del art. 600-ter, párrafo tercero, CP

Allí donde la producción de material fuese realizada mediante la previa mercantilización de un menor, el dolo de las conductas típicas que se colocan en una fase temporal sucesiva a la inicial producción tendría que abarcar, además de la naturaleza pornográfica del objeto material del delito (imágenes, vídeos, etc.), la modalidad típica de la “utilización”, en favor de la referencia expresa al primer párrafo del mencionado artículo<sup>102</sup>. En otras palabras, habría que demostrar la voluntad consciente de distribuir (difundir, dar publicidad, ceder, etc.) material pornográfico que se ha producido «*utilizando*» instrumentalmente a un menor de dieciocho años. Es evidente sin embargo, que esta conciencia no existe, generalmente, en los casos de *sexting* secundario o de *revenge porn*. Más bien el *sexter* sabe que las imágenes o los vídeos de contenido pornográfico que ha difundido en la web o que ha cedido a un número limitado de personas se han realizado sin ninguna utilización instrumental del menor, al tratarse de material libremente producido por parte de un tercero (*partner*, amigo, etc.) o de todos modos realizado en un contexto de una relación interpersonal privada.

Para superar los evidentes límites de una interpretación literal de las mencionadas normas se ha afirmado que, pese a la explícita referencia al «*material pornográfico del párrafo primero*» del art. 600-ter CP, las conductas previstas en los párrafos siguientes del citado artículo tendrían que ser castigadas por el mero hecho de tener por objeto material pornografía infantil<sup>103</sup>. La relevancia de estas conductas no dependería por tanto de la modalidad (“*utilización*”) ni el contexto (privado o de todos modos, fuera de una relación interpersonal de carácter sentimental) de la producción de dicho material, sino su contenido objetivo, es decir, su naturaleza intrínsecamente pornográfica.

<sup>102</sup> Cfr. Picotti L., “Art. 600-ter, III comma, CP”, en Cadoppi A. (a cura di), “*Commentario*”, cit., p. 206.

<sup>103</sup> En este sentido, véase Tribunal de Florencia, sentencia de 27 de enero de 2015, núm. 163.

Se ha subrayado que una reconstrucción en estos términos de las citadas conductas, pese al hecho de alejarse de su tenor literal, respetaría la *ratio* de la normativa en materia de pornografía infantil, puesto que aseguraría una protección más amplia a los menores mediante la incriminación de cualquier comportamiento que tiene por objeto material pornográfico infantil<sup>104</sup>. Esta interpretación facilitaría además la prueba en ámbito procesal de la existencia de conductas que se colocan en una fase sucesiva a la originaria producción, al no tener que probarse, desde un punto de vista objetivo, la efectiva utilización instrumental del menor y, desde el plano subjetivo, la conciencia de esta cosificación. Se evitaría de esta manera, el riesgo de que queden impunes muchos comportamientos muy graves de *sexting* secundario.

Sin embargo, esta interpretación no parece correcta. No hay duda de que el empleo del gerundio «*utilizando*», que el legislador utiliza de manera expresa en la formulación del párrafo primero del art. 600-ter CP, no pueda referirse también en sentido literal a las conductas típicas que se colocan en una fase (temporal) sucesiva a la realización de exhibiciones o de espectáculos de pornografía infantil o a la producción del material ilícito. Como se nota ya desde el plano hermenéutico, el tipo penal del art. 600-ter CP excluye la necesidad de que haya una coincidencia subjetiva entre el que realiza dichos espectáculos o produce el material y quien, en una fase sucesiva, lo comercia, difunde o lo pone a disposición de terceros. Para castigar conductas que consisten en la cesión, en la difusión o en la puesta a disposición de un número indeterminado de personas material pornográfico infantil, el legislador italiano no requiere que se hayan llevado a cabo necesariamente «*utilizando menores de dieciocho años*». Esto no significa sin embargo que el desvalor lesivo de las conductas típicas que se colocan en una fase sucesiva a la producción tenga que ser individuado, como afirma la tesis aquí criticada, en el objetivo carácter pornográfico del objeto material.

Para sustentar esta distinta interpretación hay un importante elemento normativo. Ya se ha dicho (*retro*, par. 10.3) que la “utilización” de un menor de dieciocho años no es un elemento que tiene que caracterizar intrínsecamente el material pornográfico infantil, puesto que constituye más bien una modalidad ejecutiva a través de la cual la (conducta de) *producción* tiene que llevarse a cabo para ser penalmente relevante. Y esta circunstancia está confirmada *a fortiori* por la definición legal de pornografía infantil que el legislador italiano introdujo en el 2012 en el art. 600-ter, último párrafo, CP: esta no requiere que el material pornográfico infantil se realice mediante la utilización instrumental de un menor (véase *infra*, par. 10.6).

El art. 600-ter, párrafo tercero, CP equipara, desde un punto de vista sancionador, las conductas situadas “debajo” de la producción y de la realización de espectáculos de pornografía infantil a aquellas de distribución, divulgación de noticias o

<sup>104</sup> Bianchi M., “Il “sexting minorile””, cit., p. 151.



informaciones finalizadas en el embaucamiento o en la explotación sexual de menores de dieciocho años. No requiere entonces que tengan como objeto pornografía infantil. En todos estos casos, lo que determina la relevancia penal de dichas conductas, en línea con la *ratio* del art. 600-ter cp., es el *tipo de relación* ilícita de relevancia social que caracteriza los hechos típicos y que, por su idoneidad de incidir objetivamente sobre los intereses contrapuestos del sujeto pasivo y, más en general, en la categoría de los menores, justifican su incriminación.

La *ratio* del delito del art. 600-ter CP consiste por tanto en castigar la instrumentalización del cuerpo o de la sexualidad del menor para la “frucción” de terceros (cfr. *retro*, par. 10.3).

Reenviando, de manera inapropiada, al material pornográfico «*del párrafo 1*» del art. 600-ter CP, el legislador no ha querido pedir que las conductas que se colocan “por debajo” de la producción se castiguen únicamente en aquellos casos que tengan por objeto material *producido* a través de la utilización instrumental de menores, sino que, al igual que la conducta de producción y de realización de dicho material, se sustancien en una equivalente *instrumentalización* o cosificación del menor representado en las imágenes objeto de difusión, de distribución, de comercialización, cesión u oferta a terceros.

La “utilización” de un menor de dieciocho años es, por regla general, congénita a las conductas típicas que se colocan en una fase sucesiva a la producción de pornografía infantil. En el momento en que el material pornográfico se pone en circulación o a disposición de un número indeterminado de personas, sale de la relación interpersonal en la que era lícita su producción y los menores en ellos representados se reducen por parte de estas conductas a puro instrumento o mercancía para el conseguimiento de intereses ilegítimos de otras personas (satisfacción de deseos sexuales, propósitos de venganza, de humillación, de provecho, etc.).

Estas conductas también establecen, al igual que la de producción que implica la *utilización instrumental* del menor, un *conflicto intersubjetivo* entre autor y sujeto o sujetos pasivos menores de edad, titulares del contrapuesto interés que el legislador italiano ha considerado merecedor de protección penal. De la difusión, publicidad, o cesión a terceros de imágenes de pornografía infantil surgen daños muy relevantes generalmente de naturaleza psicológica para los menores representados en dicho material, en el caso de que sean identificables. Estos hechos típicos contribuyen a perpetuar o a hacer “surgir” nuevamente la ofensa de la que ha sido víctima el menor en el momento en que ha sido utilizado para producir aquel material, además de lesionar su privacidad e intimidad sexual.

La relación ilícita que surge mediante las conductas que se colocan “por debajo” de la producción y que van más allá de los “límites” tácitos del tipo penal no solamente afecta a pesar de ello al menor representado en el material, que puede no ser

identificable (piénsese por ejemplo en los casos de imágenes lujuriosas que tienen por objeto únicamente los órganos genitales de menores), sino que afecta, más en general, a la categoría indeterminada de los menores de edad. En otras palabras, mediante este tipo de relación o mejor dicho, de *conflicto intersubjetivo* que se instaura mediante las conductas de puesta a disposición de terceros de la *res prohibita*, se difunden o promocionan modelos o estilos de vida en los que la dignidad y la libertad sexual de los menores en cuanto personas se anula, siendo transformados en meros instrumentos para la satisfacción de intereses ajenos ilegítimos. Además se crean las condiciones favorables para futuros comportamientos de abuso, de explotación sexual o de empleo instrumental de los menores.

### 10.5. *La tenencia de pornografía infantil*

El art. 600-*quater* CP castiga, con la reclusión de hasta tres años y la multa, al que *se procure o posea* material pornográfico infantil<sup>105</sup>.

En favor de la cláusula de reserva expresa («fuera de las hipótesis establecidas en el art. 600-ter»), que recoge el tipo penal, el delito no se configura en el caso de que el sujeto activo sea al mismo tiempo el productor o distribuidor de material pornográfico infantil que se encuentre en su disponibilidad. El que produce, comercia, difunde o cede dicho material lógicamente lo tiene a la vez en su posesión. La detención constituye un *post factum* no punible, cuyo desvalor queda incluido en la más grave hipótesis de producción o un *ante factum* no punible, que hay que reconducir en las hipótesis ilícitas de distribución, divulgación o cesión<sup>106</sup>.

El delito tiene por objeto el material pornográfico «realizado utilizando a menores de dieciocho años». Para que se configure el tipo penal hace falta que dicho material se haya «realizado» mediante la utilización de menores. El objeto material del delito coincide por tanto con lo del art. 600-*ter* CP, si bien este último incrimina las conductas que tienen por objeto el material «producido» mediante la utilización de menores. Esta distinta formulación del tipo no se debe a específicas decisiones político-criminales, al tratarse de una simple variante lexical<sup>107</sup>.

El art. 600-*quater* CP constituye una norma de clausura, cuyo objetivo es evitar en vía residual la impunidad de conductas que, desde el lado de la demanda, contribuyan a alimentar, de manera indirecta, el mercado ilícito de la producción, la difusión y la comercialización de pornografía infantil<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Sobre la estructura de este tipo penal, véase Cadoppi A., “Art. 600-*quater* CP (*Detenzione di materiale pornografico*)”, en Id. (a cura di), “*Commentario*”, cit., pp. 227 ss., pp. 238 ss.; Bianchi M., Del Signore S., “*Detenzione di materiale pornografico*”, en Id., “*I reati contro la persona*”, cit., pp. 477 ss.; Picotti L., “*I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*”, cit., pp. 1313 ss.

<sup>106</sup> Con relación a la disciplina penal del *ante factum* y del *post factum* no punible, véase Vassalli G., voce “*Antefatto non punibile, postfatto non punibile*”, en *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 505 ss.; y en particular el estudio de Prosdocimi S., “*Profili penali del postfatto*”, Milano, 1982.

<sup>107</sup> Cfr. Cass. pen., sentencia 11675/2016 cit.

<sup>108</sup> En jurisprudencia véase p. ej. Cass. pen., sección III, núm. 43246/2010. Sobre las distintas teorías avanzadas en la doctrina, para justificar la incriminación de la posesión de pornografía infantil véase Salvadori I., “*I reati di possesso*”, cit., pp. 226 ss.

La tenencia de pornografía infantil se castiga, más que por el peligro de que el que tenga su disponibilidad pueda difundirla o cederla a terceros, por el hecho de que, quien la posee estimula de manera mediada la demanda y, por consiguiente, su producción, sea esta artesanal o profesional<sup>109</sup>.

Según un sector de la doctrina esta reconstrucción del ámbito de aplicación del tipo podría llevar a resultados equivocados<sup>110</sup>. En este sentido, se pone el ejemplo de la menor de diecisiete años que recibe por parte de su novio menor de edad una fotografía realizada por él mismo en la que aparece llevando a cabo actividades de autoerotismo. Con la tenencia de dicho material, la menor debería responder por un delito del art. 600-*quater* CP. Una distinta lectura del tipo compatible con su tenor literal y de conformidad con su *ratio* de incriminación, además que con los “límites tácitos” del hecho típico, permite sin embargo evitar, en la mayoría de los casos, el riesgo de injustificados excesos punitivos.

Es evidente que no tenga que responder por la tenencia de pornografía infantil el menor que dispone de dicho material autoproducido (imágenes de sus órganos sexuales para finalidades sexuales, videos de actos de autoerotismo, etc.). Se trata de hecho de conductas que, contrariamente a la *ratio legis*, no solamente no presuponen (en origen) ningún empleo instrumental de su cuerpo o sexualidad para finalidades pornográficas por parte de terceros, sino que tampoco alimentan la demanda y, por consiguiente, no fomentan la “frucción” por parte de terceros en el mercado ilícito de la pornografía infantil.

Las hipótesis de que la pornografía infantil se haya realizado por parte del sujeto que tiene su disponibilidad para su “consumo” privado e íntimo, propio y/o del *partner* (piénsese en la persona que en el ámbito de una relación sentimental graba a la novia menor de edad con su consentimiento mientras realiza un acto sexual), no son subsumibles ni en el delito de producción de pornografía infantil (v. *retro*, par. 10.3) ni en el delito menos grave de tenencia *ex* art. 600-*quater* CP, puesto que, como se ha dicho, este hecho no implica ninguna “utilización” o cosificación instrumental de un menor para fines sexuales de terceros. En otras palabras, el hecho de poseer material pornográfico infantil producido en el ámbito de una relación íntima y para su uso exclusivamente privado no va más allá de los límites (negativos) tácitos del tipo penal y, por consiguiente, no integra la ofensa tipificada.

A una conclusión distinta habrá que llegar en los casos en que un sujeto (adulto o menor) disponga de manera consciente de material pornográfico infantil que no ha recibido por parte del menor en el mismo representado y al que esté ligado por una relación personal íntima (casos de *sexting* primario), pero que se ha procurado a través de terceros (en Internet, mediante un programa P2P, comprándolo directamente de un pedófilo, etc.).

Se podría objetar que el hecho ocasional de procurarse o de disponer de pornografía infantil no contribuye a fomentar la producción y, por consiguiente, el abuso y la explotación sexual de menores o su mercantilización para fines sexuales. El aumento de la demanda del mercado ilícito sería más bien consecuencia del cúmulo de una multiplicidad de conductas de consumo

<sup>109</sup> Salvadori I., *op. cit.*, p. 228.

<sup>110</sup> Cadoppi A., “Art. 600-*quater* CP (*Detenzione di materiale pornografico*)”, *cit.*, p. 239.

de pornografía infantil. Únicamente la generalización de estos comportamientos favorecería, de manera indirecta, la oferta y la comercialización del mencionado objeto prohibido. Pero en la base de la incriminación de la simple tenencia de pornografía infantil parece existir una lógica de la acumulación (*Kumulationsgedanke*), que lleva al legislador a una decisión obligada en este ámbito para evitar la puesta en peligro del fundamental bien jurídico de la integridad psicofísica y sexual de los menores, que se produce con la cosificación o generalización de estos comportamientos<sup>111</sup>. Allí donde no hay un peligro de acumulación por el carácter exclusivamente privado de la conducta, el hecho de tener la disponibilidad de dicho material no tendría que ser penado, no contribuyendo de ninguna manera a estimular la demanda del mercado de la pornografía infantil.

#### 10.6. *La noción de pornografía infantil*

Cuando el legislador italiano de 1998 introdujo en el código penal un conjunto de tipos penales para castigar las distintas conductas relacionadas con la pornografía infantil, omitió definir su concepto. Esta decisión fue muy criticada por la doctrina, puesto que dejaba a las evaluaciones subjetivas del intérprete la compleja tarea de definir un elemento normativo extrajurídico muy controvertido y elástico, cuyo significado variaba de manera relevante según el punto de vista y la sensibilidad personal del juez<sup>112</sup>. A falta de una definición legal de pornografía infantil, se habría tenido que garantizar, como reconoció la misma *Corte di Cassazione*, una interpretación conforme al derecho europeo, y en particular, a la definición contenida en la Decisión marco 2004/68/UE, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, sucesivamente sustituida por la Directiva 2011/93/UE<sup>113</sup>.

Para superar esta laguna normativa del derecho interno, que en la práctica creó muchos problemas, el legislador italiano, con la ley n. 172/2012, ha definido oportunamente el concepto de pornografía infantil, de manera muy parecida a lo que establece el art. 20, párrafo 2, del Convenio de Lanzarote del Consejo de Europa. El vigente art. 600-ter, último párrafo, CP establece que el concepto de *pornografia*

<sup>111</sup> Sobre las razones que justifican el recurso a la técnica de los delitos de acumulación en este ámbito véase Salvadori I., “*I reati di possesso*”, cit., pp. 248 ss.

<sup>112</sup> Véase p. ej. Cadoppi A., *Art. 600-ter, I y II comma, CP*, cit., pp. 125 ss.

<sup>113</sup> Cass. pen., sección III, sentencia de 22 de marzo de 2010, núm. 10891, comentada por Scarcella A., “*Tassatività e determinatezza della nozione di «pornografia»: la Cassazione apre al diritto comunitario*”, en *Dir. pen. proc.*, núm. 8, 2010, pp. 973 ss.; Cass. pen., sección III, sentencia de 26 de octubre de 2015, núm. 42964. En relación a la obligación de interpretar el derecho nacional de manera conforme al derecho comunitario y europeo, como establece el Tribunal de Justicia Europeo en el fallo 105/03 Pupino, véase Viganò F., “*Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*”, en Corso P., Zanetti E. (a cura di), “*Studi in onore di Mario Pisani*”, Piacenza, 2010, pp. 617 ss.; Salvadori I., “*Il diritto penale nella prospettiva di riforma dei Trattati europei*”, en Fracanzani M.M., Baroncelli S. (a cura di), “*Europa: Costituzione o Trattato per il suo fondamento?*”, Napoli, 2010, pp. 101 ss.; Bernardi A., “*Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*”, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, núm. 3/2013, pp. 230 ss.

*infantil* abarca «cualquier representación, mediante cualquier medio, de un menor de dieciocho años manteniendo relaciones sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los órganos sexuales de un menor de dieciocho años con fines sexuales».

Pese a este esfuerzo definitorio, quedan algunas dudas sobre la capacidad de esta disposición de delimitar con precisión y de forma taxativa el ámbito de este concepto<sup>114</sup>. Un sector de la doctrina afirma que la definición de pornografía infantil tendría una mera función negativa, siendo idónea a excluir solamente aquellos comportamientos que no tienen ninguna connotación de pornografía infantil<sup>115</sup>. Quedarían por lo tanto excluidos del ámbito penal las conductas respecto a las cuales el menor tiene un rol de simple espectador pasivo, no estando directamente involucrado en la producción del material ilícito, o en los casos en que constituya solo un instrumento pasivo para excitar los lujuriosos deseos sexuales de terceros.

Antes de poder delimitar la función negativa de esta definición, es recomendable establecer su contenido positivo. En este sentido, dos son los criterios normativos en base a los que hay que delimitar el carácter de pornografía infantil de un determinado material (imágenes, vídeos, etc.). En primer lugar, es necesario que un menor de dieciocho años esté efectivamente manteniendo relaciones sexuales explícitas, reales o simuladas. La otra alternativa sería que sus órganos genitales estuvieran representados «con fines sexuales».

Para que se dé el requisito del involucramiento en actividades sexuales, en primer lugar, el menor debe estar representado realizando actividades sexuales con un adulto o con un coetáneo o llevando a cabo actos sexuales sobre sí mismo (autoerotismo), siempre que se trate, como requiere la definición legal de pornografía infantil, de actos «explícitos», aunque sean simulados.

No es necesario que el menor pruebe un efectivo placer sexual. El concepto de pornografía infantil abarca únicamente aquellos actos que asumen un significado explícitamente sexual (p. ej. tocamientos de partes erógenas de manera lujuriosa).

Algunas dudas surgen en referencia al significado que asume el involucramiento del menor. A diferencia de lo que establece el Consejo de Europa en el Convenio de Lanzarote, el legislador italiano no ha limitado expresamente la noción de pornografía infantil al material que represente visiblemente («visual depiction») a un menor implicado o involucrado en conductas sexualmente explícitas. Por consiguiente, en abstracto, la noción podría abarcar también el material compuesto de audios, siempre que de su “frucción” pueda desprenderse el involucramiento de un menor en actividades sexuales.

Mayores perplejidades surgen respecto al segundo criterio normativo, puesto que no queda claro cuándo la representación de los órganos genitales de un menor se lleva a cabo «con fines sexuales». El legislador italiano no ha pedido, a diferencia

<sup>114</sup> Peccioli A., “La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia”, en *Dir. pen. proc.*, núm. 2, 2013, pp. 140 ss., pp. 145 s.; Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen., PS*”, vol. II, t. I, cit., p. 170; Mantovani F., “*Dir. pen., PS*”, I, cit., pp. 467 s.

<sup>115</sup> Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen., PS*”, vol. II, t. I, cit., p. 171.



de lo que establece el Convenio de Lanzarote, que el material se haya producido con un “fin principalmente sexual” (*«for primarily sexual purposes»*)<sup>116</sup>. La simple exposición de los órganos genitales de un menor no es suficiente para conseguir una connotación pornográfica<sup>117</sup>.

La apreciación de este requisito dependerá más bien de las características intrínsecas de las imágenes. Habrá que valorar por lo tanto las modalidades con las que las zonas erógenas o púbicas se hayan grabado o fotografiado, el estado fisiológico de los órganos genitales objeto de representación, el carácter objetivamente lujurioso de la zona púbica de un menor, etc.<sup>118</sup>. No siempre la finalidad sexual de una determinada representación podrá emerger de las objetivas características del material. En muchos casos, será necesario por lo tanto, recurrir a criterios subjetivos con inevitables consecuencias en términos de indeterminación, debido a su naturaleza incierta, dependiendo del impacto que la visión de aquel material produce en quién lo observa y del punto de vista de quién tiene que evaluar su efectivo carácter pornográfico<sup>119</sup>.

La definición de pornografía infantil establecida por el art. 600-ter, último párrafo, CP prescinde del impacto lesivo que puede tener sobre el menor involucrado en su producción. El material pornográfico se caracteriza, desde un punto de vista penal, por su finalidad sexual o por su valor de carácter erótico. Como se ha visto anteriormente, la *ratio* del art. 600-ter CP no es la de castigar las conductas (de producción, distribución, difusión, cesión, etc.) que tienen por objeto material abstractamente pornográfico, sino solamente aquellas *tipologías de relaciones* que manifiesten una instrumentalización o cosificación del menor representado y, más en general, la categoría indeterminada de los menores de edad (*retro*, par. 9.3 e 9.4).

## 11. Las recientes doctrinas jurisprudenciales en materia de *sexting*

En los últimos años la jurisprudencia italiana ha tenido que examinar la controvertida cuestión de la relevancia penal del *sexting*. En un primer momento, los jueces establecieron que la normativa penal contra la pornografía infantil habría tenido que aplicarse también a los comportamientos (de producción, de cesión, de difusión, etc.) que tenían por objeto dicho material, llevados a cabo por menores y entre menores<sup>120</sup>. Sin embargo, no se tomó en cuenta la posibilidad de equiparar la conducta de hacer fotos o grabar vídeos en actitudes sexuales explícitas o de los órganos genitales de menores de manera lujuriosa, a las hipótesis ilícitas de producción

<sup>116</sup> Lanzarote Convention, *Explanatory Report*, párrafo 142.

<sup>117</sup> Cfr. Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen., PS*”, vol. II, t. I, cit., p. 172.

<sup>118</sup> Fiandaca G., Musco E., “*Dir. pen., PS*”, vol. II, t. I, cit., p. 172.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> En este sentido, véase p. ej. Cass. pen., sección III, sentencia de 5 de junio de 2007, núm. 27252; Cass. pen., sección III, sentencia de 6 de diciembre de 2012, núm. 47239.

o de tenencia de material pornográfico infantil. Tampoco se consideró aplicable el tipo que castiga la cesión de pornografía infantil del art. 600-ter, párrafo 4, CP al menor, por el hecho de ceder imágenes de carácter sexual a su *partner* o a un coetáneo que él mismo había producido.

El principal problema interpretativo tratado por las sentencias más recientes tiene que ver con la posibilidad de equiparar los *selfies* pornográficos realizados o enviados a terceros por menores al delito de producción, difusión, cesión o tenencia de pornografía infantil. Una síntesis de las principales y más recientes sentencias en la jurisprudencia italiana, permite individuar con claridad las dificultades que surgen a la hora de establecer la calificación jurídico-penal de las conductas de *sexting* y su subsunción en la normativa penal vigente en Italia.

En un primer caso, un chico mayor de edad fue condenado por haber producido y sucesivamente difundido mediante la web y un foro, un vídeo con material pornográfico relativo a una relación sexual que él mismo había tenido de manera consensuada con una menor que en la época en que se grabó todavía era su novia, y la que le había manifestado libremente su voluntad de dejarse grabar (art. 600-ter, párrafos primero y tercero, CP). El imputado había difundido en Internet el material que su exnovia le había enviado para vengarse de la decisión de dejarlo.

Partiendo de la definición expresa de pornografía infantil, introducida por el legislador italiano en el código penal con la ley n. 172/2012 (véase *retro*, par. 10.6), el Tribunal de Florencia ha considerado que para la configuración de los delitos de pornografía infantil de los arts. 600-ter, párrafo segundo, 600-*quater* y 600-*quater*.1 CP, no es necesario que el intérprete determine si el menor ha otorgado su consentimiento o si ha sido efectivamente utilizado por parte del sujeto activo: a efectos de la ley penal sería suficiente el contenido objetivamente pornográfico de las imágenes producidas<sup>121</sup>.

Esta interpretación estaría, según el Tribunal de Florencia, en línea con las finalidades que el legislador se ha propuesto para perseguir, y que consisten en asegurar una protección penal anticipada del menor. Castigando aquellas conductas que tienen por objeto pornografía infantil ha querido prevenir el peligro de fomentar cualquier futura comisión de formas de abuso y de explotación sexual de menores, como categoría de sujetos débiles que necesitan de una protección reforzada.

A distinta conclusión habría que llegar, según los jueces, en el delito de producción de pornografía infantil (art. 600-ter, párrafo primero, CP), puesto que requiere la efectiva utilización del menor. Una interpretación sistemática del delito requeriría sin embargo que se valorase también el consentimiento de la víctima. Solo de esta manera, se podría conciliar el (de otra manera) excesivo ámbito de aplicación de dicho delito con la disciplina establecida en el art. 609-*quater* CP, en particular, en la parte en que reconoce al menor que haya cumplido los catorce años el derecho

<sup>121</sup> Tribunal de Florencia, sentencia núm. 163/2015 cit.

a la autodeterminación sexual, excepto los casos en que este umbral se eleve, en vía excepcional, a los dieciséis o a los dieciochos años, o se baje a los trece años, respecto de los actos sexuales entre coetáneos (véase *retro*, par. 10.1).

Sería misión del intérprete verificar en cada caso si hubo una efectiva manifestación de voluntad, consciente y libre de cualquier condicionamiento, constricción o engaño por parte de terceros, de manera que se pueda excluir que el material pornográfico se ha producido a través de la utilización instrumental de un menor que haya cumplido los catorce años para fines sexuales ajenos<sup>122</sup>.

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal de Florencia ha excluido que en el caso examinado hubiese producción penalmente relevante de pornografía infantil. No solo la grabación por parte del imputado de la relación sexual fue llevada a cabo con el consentimiento de la menor, sino que también por su propia iniciativa, puesto que esta última había empezado a grabar la actividad sexual con su móvil. Debido a la existencia de un consentimiento libre, informado y consciente de la menor, los jueces excluyeron toda posibilidad de manipulación de su voluntad, y por esto no apreciaron la existencia del delito de producción de pornografía infantil. En contra, El Tribunal consideró que la conducta del imputado integrase la hipótesis ilícita de la difusión de dicho material *ex art. 600-ter*, párrafo tercero, CP. Si bien no existía ninguna previa instrumentalización o mercantilización de la víctima, el vídeo publicado por el imputado en *Facebook* tenía por objeto una relación sexual con una menor, debiéndose considerar por tanto como material pornográfico infantil, difundido a un número indeterminado de personas, como previsto por el art. 600-ter, último párrafo, CP.

La eficacia del consentimiento de los menores, como implícito elemento negativo del tipo penal, en el ámbito de los delitos de pornografía infantil, ha sido reconocida recientemente por el Tribunal de Apelación de Milán, que tuvo que pronunciarse en el caso de un chico de veinte años que había recibido de una chica menor de quince años, conocida en un *Social Network*, imágenes de carácter sexual que la misma había realizado y en las que aparecía desnuda y en actitudes sexualmente explícitas<sup>123</sup>. En este caso, los jueces no apreciaron el delito de tenencia de pornografía infantil (art. 600-*quater* CP), contrariamente a lo que pedía el fiscal en su recurso de apelación. A favor de esta decisión, el Tribunal observó, con razón, que la conducta se había llevado a cabo en el marco de una relación sentimental privada, con intercambio consensual de imágenes de carácter sexual (*selfies*). Habría por lo tanto que excluir, en relación a los *selfies* pornográficos autoproducidos por la menor, una utilización instrumental, como requiere el tenor literal del tipo penal, en la parte en que castiga la tenencia de material «*realizado utilizando a menores de*

<sup>122</sup> Tribunal de Florencia, sentencia núm. 163/2015 cit., pp. 21 s.

<sup>123</sup> Corte de Apelación de Milán, 12 de mayo de 2014, cit.

*dieciocho años*»<sup>124</sup>. Esta utilización no tuvo lugar debido a que la menor, en razón de su edad, podía otorgar válidamente su propio consentimiento, en cuanto sujeto imputable que puede llevar a cabo actos sexuales con mayores de edad y que puede a la vez asistir de manera consensual a estas actividades, como se desprende de la disciplina establecida en los arts. 609-*quater* y 609-*quinqüies* CP. La incriminación del que tenga a disposición pornografía infantil producida de manera libre y consciente por una menor de quince años y recibida directamente de ella, a la que el sujeto activo estaba ligado por una relación personal íntima, contrastaría con la misma *ratio* del art. 600-*quater* CP, en cuanto tipo penal destinado a luchar contra el mercado de la pedofilia y que por lo tanto no puede prohibir conductas cuyo objeto material sea la producción llevada a cabo en un contexto privado y en el legítimo ejercicio de la libertad de autodeterminación sexual de los menores<sup>125</sup>.

Recientemente, también la *Corte di Cassazione* se ha pronunciado sobre la aplicabilidad al *sexting* de la normativa penal contra la pornografía infantil<sup>126</sup>. En pocas palabras, lo hizo en el caso de una menor que decide hacerse unas fotos con su móvil realizando actos sexuales explícitos y envía de manera espontánea el material que ha producido a algunos coetáneos, que a su vez lo ceden, pero sin su consentimiento, a terceros. En primera instancia, el Tribunal de Menores de la región de Abruzzo consideró que no se podía procesar a los menores por la cesión de dicho material, puesto que las imágenes se habían producido de manera espontánea por la menor y no hubo ninguna “utilización” de la misma por parte de terceros, como requiere de manera expresa el art. 600-*ter*, párrafo primero, CP. Por consiguiente, la conducta de cesión realizada por los imputados menores de edad no podía subsumirse en el mencionado tipo penal.

Contra la sentencia de absolución recurrió el fiscal del Tribunal de la ciudad de L'Aquila. Aunque el fiscal reconoció que la relevancia penal de la producción de pornografía infantil viene dada por una efectiva mercantilización de un menor, consideró correctamente que a distinta conclusión habría que llegar en relación a la hipótesis ilícita de la cesión. El delito del art. 600-*ter*, párrafo cuarto, CP, en la parte en que hace referencia al «*material del primer párrafo*» (del art. 600-*ter* CP) no requeriría que las imágenes se hayan creado por parte de personas distintas del menor que aparece en ellas. En el caso de que se considerase que todas las conductas típicas penadas en los distintos párrafos del art. 600-*ter* CP tengan por objeto necesariamente pornografía infantil mediante la utilización instrumental de menores, produciría, según la opinión del ministerio fiscal, un peligroso y gravísimo vacío normativo en la protección penal de menores.

<sup>124</sup> Corte de Apelación de Milán, 12 de mayo de 2014, cit., pp. 13 s. Cfr. *retro*, párr. 10.5.

<sup>125</sup> Corte de Apelación de Milán, 12 de mayo de 2014, cit., pp. 14 s.

<sup>126</sup> Cass. pen., sección III, sentencia de 21 de marzo de 2016, núm. 11675.

Al resolver la controvertida cuestión, los jueces de casación han subrayado que el ámbito de aplicación del delito del art. 600-ter CP depende de una correcta interpretación de su primer párrafo. Este último tendría un rol decisivo en la interpretación de los siguientes párrafos, cuya relevancia penal presupone la previa producción del material pornográfico infantil, sin la cual no sería lógicamente pensable la configuración de la hipótesis de difusión, comercialización, oferta y cesión. Para reconstruir la *ratio* de la previsión legal, la *Corte di Cassazione* ha hecho referencia a la ya citada sentencia dictada por este mismo órgano (reunido en *Sezioni Unite*) en el año 2000, en la que estableció, como se ha visto anteriormente, que el tipo penal constituye un delito de peligro concreto<sup>127</sup>. Desde la producción de pornografía infantil mediante la utilización de menores surgiría el concreto peligro de su difusión, puesto que ella conduce de hecho a ofrecer al menor a la visión de un círculo de pedófilos y a introducirlo en el mercado ilegal de la pedofilia. Sobre la base de estas consideraciones, la *Corte di Cassazione*, con un razonamiento no del todo coherente, ha establecido que, desde un punto de vista lógico más que jurídico, el autor del delito de producción de pornografía infantil tiene necesariamente que ser *otro* respecto al menor utilizado y representado en el material<sup>128</sup>. La relevancia penal de la conducta de producción presupondría por lo tanto la «alteridad» y la «diversidad» entre el que lo produce y el que está efectivamente representado en el material. Por consiguiente, ninguna relevancia penal tendría el material pornográfico autoproducido por el mismo menor (*selfies*).

Esta reconstrucción hermenéutica tendría efecto también, según los jueces, en la interpretación de los sucesivos párrafos del art. 600-ter CP, puesto que las conductas ilícitas de difusión, divulgación, distribución, hacer oferta o cesión, tienen por objeto el mismo material pornográfico del primer párrafo.

Cuando el legislador emplea la expresión «material del primer párrafo» no quiere hacer referencia al material pornográfico que tiene por objeto un menor *tout court*, independientemente del sujeto que lo ha producido, sino que ha limitado el objeto material del delito al material que ha sido producido por terceros. La relevancia penal de estas conductas dependería por lo tanto del *quomodo* de la producción, es decir, de las modalidades de realización que requieren, por expresa voluntad legislativa, la utilización instrumental por parte de un tercero, con el consiguiente peligro de difusión del producto. Las conductas que consisten en la difusión o en la cesión de pornografía infantil no serían penalmente relevantes, en el caso de que tengan por objeto material autoproducido por el menor que aparece en el mismo, sin ninguna intervención de terceros.

Con esta motivación, la *Corte di Cassazione* ha querido limitar el excesivo (de otra manera) ámbito de aplicación del delito del art. 600-ter CP, para evitar, por

<sup>127</sup> Cass. pen., S.U., sentencia núm. 13/2000, cit.

<sup>128</sup> Cass. pen., sentencia núm. 11675/2016, cit.



razones de justicia equitativa, condenar con penas muy severas también a los menores que, llevando a cabo conductas de *sexting* secundario, parecerían haber violado la normativa penal contra la pornografía infantil.

La exclusión de la intervención penal en este caso se basa en una lectura teleológica de la disposición legal, que es contraria a la *ratio* de incriminación y a la necesaria distinción entre las distintas conductas establecidas por el art. 600-ter CP. Como se ha subrayado anteriormente (*retro*, par. 10.4), con la conducta de cesión de material pornográfico a terceros por parte de quién lo ha recibido del mismo sujeto que aparece en el mismo, hay una ilegítima *instrumentalización* del menor. El *conflicto intersubjetivo* que el legislador italiano ha considerado merecedor de sanción penal se instaura también en el caso de que las imágenes objeto de cesión se hayan producido por el mismo menor, puesto que este último no viene *utilizado* en el momento de la producción, sino en la fase (sucesiva) de la cesión, difusión o puesta a disposición de terceros, llegando a ser objeto instrumental para la consecución de contrapuestos intereses “particulares” de quién pone en circulación sus imágenes. La conducta de cesión a terceros por parte de los menores imputados de los *selfies* de naturaleza sexual realizados y recibidos por parte de la menor, tenía que ser subsumida por lo tanto en el tipo penal del art. 600-ter, párrafo cuarto, CP.

## 12. Consideraciones críticas finales

Una correcta aproximación jurídico-penal al *sexting* requiere una atenta distinción de sus múltiples formas de manifestación. Muchos son los sujetos que pueden tomar parte y las razones que los pueden llevar a actuar (curiosidad, exhibicionismo, diversión, venganza, etc.) y distinto es además el desvalor social de las conductas en base a las circunstancias que se llevan a cabo en el ámbito cerrado de una relación intersubjetiva privada (por ejemplo, entre una pareja de menores coetáneos) o que vaya más allá de esta relación, con el consiguiente riesgo de producir efectos negativos virales. Hay que distinguir por tanto, entre quién produce material pornográfico infantil en un contexto exclusivamente íntimo y privado; quién simplemente lo recibe por parte del *partner* al que está ligado sentimentalmente y lo custodia (en el móvil, en su ordenador, en casa, etc.) para su “fruición” personal; quién lo distribuye o lo cede, también a título gratuito, a un círculo restringido de personas (coetáneos, amigos, etc.); y quién lo difunde y lo cuelga en la red. Además, hay que tener presente que un menor puede llevar a cabo (o concurrir en la realización de) más conductas entre aquellas que se han mencionado: quién produce el material puede al mismo tiempo poseerlo y puede por tanto ponerlo en circulación; quién lo difunde o lo cede mediante las TIC tiene al mismo tiempo su disponibilidad, etc.

Una lectura atenta de la normativa penal italiana en materia de pornografía infantil coherente con la *ratio legis* y una reconstrucción teleológica y sistemática de su articulado ámbito de aplicación ha demostrado que, pese a sus indudables límites, es posible llegar, por regla general, a soluciones equilibradas con respecto al fenómeno social del *sexting* sin ir más allá o forzar la norma. Es por tanto posible limitar el recurso de la sanción penal a comportamientos que sean lesivos de derechos fundamentales de las jóvenes víctimas del *sexting*, sin generalizaciones que la excluyan más allá de lo necesario.

Una de las manifestaciones más frecuentes del *sexting* consiste en la autoproducción de material de contenido explícitamente sexual por parte de un menor y en la sucesiva cesión a una persona a la que esté ligado por una estrecha relación sentimental (por ejemplo novio o amigo íntimo).

La irrelevancia penal de la conducta de autoproducción de pornografía infantil y de su sucesiva cesión a un círculo restringido de personas (novio, *partner*, amigo íntimo, etc.) se justifica por la falta de la característica modal de la utilización del menor, que constituye un elemento típico de la hipótesis delictiva del art. 600-ter, párrafo primero, núm. 1, CP. Se trata de una actividad que se lleva a cabo en el contexto de una relación consensual privada, y que por tanto, no integra un conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia penal<sup>129</sup>.

No plantea particulares problemas el encuadramiento jurídico-penal del comportamiento del menor que, después de haber recibido imágenes de carácter sexual producidas por otra persona (*partner*, coetáneo, etc.), decida, con o sin su consentimiento, distribuir las, difundirlas o cederlas a terceros. Esta es una de las manifestaciones más graves del *sexting*, en cuanto puede causar una grave lesión a los derechos fundamentales de la dignidad y de la intimidad de la joven víctima, además de afectar a su sano desarrollo psicofísico y sexual.

Si el material se pone a disposición de un número de sujetos determinados o indeterminados la conducta del *sexter* integrará respectivamente la hipótesis más grave de difusión o de oferta (*ad incertam personam*) de pornografía infantil (art. 600-ter, párrafo tercero, CP) o la menos grave de cesión (art. 600-ter, párrafo cuarto, CP). Irrelevante será el hecho de que las representaciones pornográficas se hayan producido en origen directamente por parte del menor, sin una objetiva utilización por parte de terceros. De cualquier manera, estas conductas instauran una tipología de relación ilícita de relevancia social, mediante la instrumentalización del menor representado en las imágenes, que se realiza en el momento en que son objeto de cesión para la satisfacción de intereses contrapuestos de terceros, es decir de una “parte” contraria al menor. Estas imágenes contribuyen además a

<sup>129</sup> Cfr. *retro*, párr. 10.4.

difundir modelos culturales que acaban con el fomentar los abusos y la mercantilización de menores, anulando su dignidad como personas<sup>130</sup>.

Esto no significa que el juez tenga automáticamente que condenar al *sexter* menor de edad por estos comportamientos. Para evitar el enorme peso de un proceso y de una condena penal, con las graves e inevitables consecuencias que derivarían para su normal desarrollo sociológico y social, el juez tendría que recurrir, allí donde existan los necesarios presupuestos, a los específicos institutos de relevancia substancial previstos en el derecho penal de menores. En relación a los comportamientos de *sexting* ocasionales y caracterizados por un escaso o atenuado desvalor lesivo, podrá cerrar anticipadamente el proceso adoptando una sentencia de sobreseimiento por irrelevancia del hecho, como establece el art. 27 d.p.r. de 22 de septiembre de 1988, n. 448<sup>131</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el menor que posea en su propio móvil una imagen de los órganos genitales de una menor no identificable, que ha descargado de Internet por curiosidad o que cede para hacer una broma a un número restringido y reducido de coetáneos, después de haberla recibido de terceros. Lo mismo se diría en el caso en que consiga convencer a una menor conocida en un *Social Network* para desnudarse delante de la *webcam*, en el marco de un juego erótico ocasional<sup>132</sup>.

El juez de menores, allí dónde considerase oportuno tener que evaluar la personalidad del imputado menor de edad involucrado en un caso de *sexting* secundario, podría además disponer, en base a lo que establece el art. 28 d.p.r. n. 448/1988, la suspensión del proceso y consiguiente puesta a prueba de los servicios establecidos para los menores, para la realización de actividades de observación, tratamiento y ayuda psicológica<sup>133</sup>. El éxito positivo de la puesta en prueba, que se determinaría

<sup>130</sup> Cfr. *retro*, párr. 10.5.

<sup>131</sup> Sobre los presupuestos y el ámbito de aplicación de este instituto, véase Colamussi M., “*La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*”, en *Cass. pen.*, 1996, pp. 1671 ss.; Patanè V., “*L’irrilevanza del fatto nel processo minorile*”, en *Esp. giust. mínim.*, núm. 3, 1992, pp. 59 ss.; Coppetta M.G., “*Il proscioglimento per irrilevanza del fatto*”, en Palermo Fabris E., Presutti A. (a cura di), “*Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*” (diretto da P. Zatti), 2 ed., Milano, 2011, pp. 590 ss.; Larizza S., “*Le “nuove” risposte istituzionali alla criminalità minorile*”, *ivi*, pp. 254 ss.

<sup>132</sup> A la misma conclusión se podría llegar en los casos en que el autor del *sexting* sea un adulto, siempre que por las peculiares modalidades de comisión o por el escaso desvalor del daño o del peligro que podría producirse, sea este escaso. En este caso, el juez podría excluir la punibilidad en razón del “instituto de la tenuidad” (“*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*”), como establece el art. 131-bis CP, introducido en el código penal por el d.lgs. de 16 de marzo de 2015, núm. 28. Sobre el nuevo instituto de la “*tenuità del fatto*” véase Bartoli R., “*L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*”, en *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 659 ss.; Grosso C.F., “*La non punibilità per particolare tenuità del fatto*”, *ivi*, 2015, pp. 517 ss.; Caprioli F., “*Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*”, en *Dir. pen. cont.*, 8 julio 2015, pp. 1 ss. En jurisprudencia véase *Cass. pen.*, sección III, sentencia de 8 de abril de 2015, núm. 15449, *ivi*, 22 de abril de 2015, pp. 1 ss., con comentario de Gatta G.L., “*Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis CP)*”.

<sup>133</sup> Sobre el instituto de la suspensión del proceso y la puesta a prueba del menor véase Ciampi S., “*Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de jure condito e*

tras la evaluación del comportamiento del menor y la evolución de su personalidad, podría llevar al juez a extinguir el proceso, como establece el art. 29 d.p.r. n. 448/1988.

Esta hipótesis de *probation* procesal, que puede aplicarse pese a la tipología del delito cometido, si bien no evita las consecuencias negativas que presupone el hecho de estar sometido a un proceso penal al menor que ha cometido un hecho ilícito, tendría en cualquier modo el efecto de responsabilizarlo, contribuyendo a su proceso formativo<sup>134</sup>. La aplicación de un proyecto de intervención a un menor que ha cometido una conducta de *sexting* secundario, favorecería la evolución positiva de su personalidad y le permitiría además comprender el desvalor social del hecho ilícito que ha llevado a cabo. También podría el juez recurrir a formas de justicia restaurativa (*restorative justice*), y particularmente a la mediación<sup>135</sup>. En este sentido podría promover, como establecido por el art. 28, párrafo segundo, segunda parte, d.p.r. n. 448/1988, la conciliación del menor con el ofendido, estableciendo la obligación de reparar las consecuencias del delito. El recurso a la mediación en el ámbito de los menores, que puede ser promovido también por el ministerio fiscal y los servicios de atención al menor ya en las fases de la investigación preliminar, tiene una importante función pedagógica, puesto que permite al autor del delito tomar conciencia de la existencia de una víctima real y, si tiene éxito, llevarlo a un espontáneo acto de reparación en favor del ofendido<sup>136</sup>.

El derecho penal tiene por tanto que intervenir, en línea con el principio de subsidiariedad y de *ultima ratio*, en los actos que se caracterizan por un significativo desvalor social, como se verifica normalmente en los casos más graves de *sexting* secundario. Estos comportamientos, al igual que los cometidos por adultos, presuponen una cosificación de otros menores y contribuyen a legitimar un modelo de sexualidad que contrasta con el respeto a los derechos fundamentales, además de crear unas condiciones para futuros abusos y explotación sexual de menores. Sin embargo, estas conductas tendrán que ser penadas o dar lugar a medidas proporcionadas con su efectivo desvalor lesivo.

*spunti de iure condendo*”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1984 ss.; Larizza S., “*La sospensione del processo con messa alla prova*”, en Palermo Fabris E., Presutti A. (a cura di), “*Diritto e procedura penale minorile*”, cit., p. 279 ss.; Panebianco G., “*Il sistema penale minorile*”, cit., pp. 245 ss.

<sup>134</sup> En estos términos véase p. ej. Patanè V., voce “*Mediazione penale*”, en *Enc. dir.*, annali II, t. I, Milano, 2008, pp. 572 ss., p. 585.

<sup>135</sup> En relación a la justicia restaurativa en el ordenamiento italiano véase Picotti L. (a cura di), “*La mediazione nel sistema penale minorile*”, Padova, 1998, Palermo Fabris E., *L’ascolto del minore e la giustizia penale*, en *Ind. pen.*, 2000, pp. 1251 ss.; Mannozi G., “*La mediazione penale*”, Padova, 1999; Id., “*La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*”, Milano, 2003; Mannozi G., Ruggeri F. (a cura di), “*Pena, riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio (Atti del convegno di studi, Como, Villa Giulia, 13-15 maggio 2005)*”, Varese, 2007; Patanè V., voce “*Mediazione*”, cit., pp. 572 ss.

<sup>136</sup> Zuccalà M.A., *Le misure di sicurezza*, cit., pp. 312 ss.

Dos son las soluciones que *de lege ferenda* podrían adoptarse en este ámbito, sin tener que recurrir por vía interpretativa a los “límites tácitos” de cada tipo penal. En primer lugar, habría que prever oportunas causas de exclusión de la punibilidad, sustancialmente en línea con lo que establece el Convenio de Lanzarote (v. *retro*, par. 9.2). De esta manera sería posible valorar los contrapuestos intereses que entran en juego, garantizando por un lado la protección de los menores contra cualquier forma de mercantilización o abuso sexual y reconociendo por otro lado, a los menores que han alcanzado la edad para otorgar su consentimiento en ámbito sexual, un legítimo espacio de ejercicio de la libertad de autodeterminación sexual en un contexto íntimo y privado.

En segundo lugar, habría que replantear el tratamiento sancionador previsto para los delitos de pornografía infantil (y en particular de las hipótesis ilícitas de producción, para la que se establece una pena muy severa) en el ámbito de los cuales pueden ser reconducidas las formas más graves de *sexting*. Estableciéndose un marco sancionador con márgenes no demasiado cercanos y no excesivamente elevados en el límite mínimo, se permitiría al juez medir la sanción penal en función del (muy a menudo) limitado y escaso desvalor lesivo de los comportamientos ilícitos de los menores que llevan a cabo conductas de *sexting*.